

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER

**O(S) SILÊNCIO(S) NO NEGÓCIO JURÍDICO:
reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico**

CURITIBA

2016

MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER

**O(S) SILÊNCIO(S) NO NEGÓCIO JURÍDICO:
reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2016

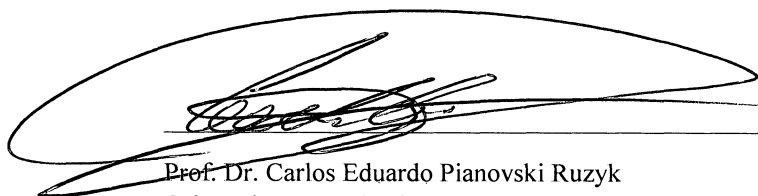
TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER

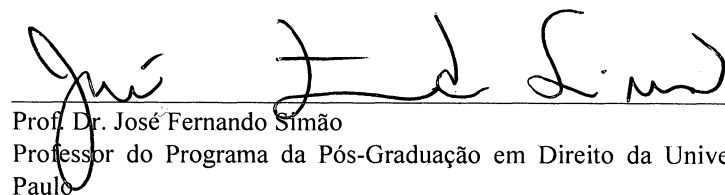
O(S) SILÊNCIO(S) NO NEGÓCIO JURÍDICO:

reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico

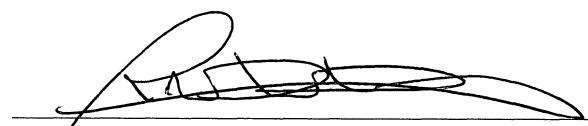
Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.



Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Orientador – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. José Fernando Simão
Professor do Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 28 de março de 2016

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre muito fácil quando se olha para trás e percebe-se quantas pessoas o auxiliaram e o quanto fizeram por você. Com tanto pelo que retribuir, ainda que com singelas palavras passo a agradecer aqueles cuja contribuição para o mestrado que se encerra com a presente dissertação foi-me realmente muito significativa.

Começo por meus pais, a quem tudo devo. Para eles, o maior agradecimento, que não se revela em palavras, mas em sentimentos.

Sendo um *outsider*, atribuo o êxito no ingresso ao mestrado sobretudo a quatro contribuições que um dia espero ser capaz de retribuir. Ao professor Waldyr Grisard Filho, que como verdadeiro mentor, desde a graduação me incentiva a escalar os degraus acadêmicos, sempre emprestando o próprio nome para me auxiliar na empreitada. Ao mencionar a vontade de cursar o mestrado na UFPR, não poupou esforços em indicar os caminhos e discutir idéias.

À professora Ana Carla Harmatiuk Matos, primeira professora da casa com quem conversei a respeito e que não só me incentivou como norteou os caminhos a serem traçados e iluminou-os enquanto percorridos, sempre com o carinho próprio de uma alma gentil.

À Marília e Luciana Pedroso Xavier, pelo auxílio na preparação para a segunda fase do processo seletivo, prevendo temas, esboçando possíveis respostas e passando aquela tão necessária sensação de segurança que apenas docentes natos são capazes de transmitir.

E, acima de tudo, ao professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a quem orgulhosamente posso chamar de orientador. A ele os agradecimentos são muitos. Um ano antes do processo seletivo, aceitou um inseguro pedido de orientação, imediatamente concordando também com o tema que pretendia desenvolver e indicando as leituras que poderiam auxiliar-me no processo seletivo. Professor brilhante, que com breves argumentos foi sempre capaz de dissolver conclusões cuja formulação levaram meses, convencendo-me em sentido contrário e desafiando-me a buscar as várias respostas possíveis. Tutor da prática à docência, teve inesgotável paciência e elegância ao me permitir a primeira oportunidade sobre o tablado. Orientador generoso que compreendeu as dificuldades dos últimos passos a serem trilhados, trazendo-me de volta ao rumo quando já o tinha por perdido. Isso tudo, por si só, já merece minha mais elevada gratidão. O mais marcante, contudo, foi a atenção impar por ele deferida.

Tanto em Araxá quanto em Recife, quando apresentava meus primeiros trabalhos acadêmicos, vi-o nas primeiras fileiras. Nas duas oportunidades, ao final do evento, não deixou de proferir gentis cumprimentos e palavras de incentivo, mesmo não sendo merecidas. Arriscou-se até a provar a temerária culinária araxaense e um punhado de carnes preparadas por seus culinariamente inaptos orientandos, tão só para atender ao convite desse orientando, cuja admiração e gratidão crescem a cada dia. Por tudo, terei sempre orgulho de ser seu orientando.

Sorrindo enquanto escrevo, por lembrar-me de alegres momentos e pessoas tão generosas, expresso minha gratidão também aos professores cujas disciplinas tive o privilégio de cursar. Ainda que seja grato a todos, não posso deixar de destacar três professores que estiveram sempre presentes nesses dois anos de mestrado, contribuindo com o que fosse necessário, mesmo que por vezes não guardasse relação direta com a pós graduação.

Ao Prof. Rodrigo Xavier Leonardo devo um especial agradecimento. Foi quem me arguiu na banca de seleção, captando já no título do projeto uma incoerência que facilmente poderia infirmá-lo. O título original era “a eficácia do silêncio no Direito Civil brasileiro”, cujo desenvolvimento pretendido perpassava pela teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda. Ainda me recordo da pergunta: “pretende construir a dissertação no plano da eficácia?” Naquele momento, receando ser tarde, percebi a precariedade do título que havia formulado, o que só pôde ser contornado pela gentileza acadêmica com que conduziu minhas respostas.

No curso de sua disciplina percebi que o projeto original era demasiadamente pretensioso, querendo abraçar o tema de forma tão ampla que acabaria por tornar-se dogmaticamente superficial. As críticas e sugestões que recebi quando da apresentação do seminário sobre o tema foram um verdadeiro divisor de águas na execução do projeto, cujos reflexos se fazem presentes ao longo de todo o texto. Não bastasse, em mais de uma oportunidade, ao se deparar com textos sobre o assunto, espontaneamente adquiriu-os e me encaminhou, mesmo que seu preço tenha sido em euros. Depois de conhecê-lo tenho claro que a gentileza e disponibilidade que caracterizam Marília e Luciana têm nele certamente uma fonte inspiradora. Por tudo, muito obrigado.

Ao professor Luiz Edson Fachin, quem durante as disciplinas do mestrado e no convívio acadêmico oportunizado pelo IBDCivil e IBDFAM, muito fomentou e contribuiu para lapidar a forma de (re)pensar o Direito Civil, processo que tenho ainda em fase de germinação. Ao longo da escrita, por diversas vezes acreditei ter encontrado

uma “grande solução” para a questão do silêncio, ter dado um passo a mais, para logo depois refletir um pouco melhor e constatar que o passo dado exigia também um passo para trás, retornado ao local de origem. Essas oportunidades serviram a comprovar que de fato o estudo do Direito Civil perpassa por uma metodologia *semicircular e progressiva*. A ele, minha *suprema* admiração.

Finalmente, agradeço ao professor Ricardo Marcelo Fonseca, nosso diretor e professor da primeira disciplina que cursei na UFPR. Para muito além da disciplina, há muito reconhecida como exigente, mas de frutos fartos, agradeço pelo “sim”, reiteradamente presente nas respostas aos pedidos que lhe dirigi. Fosse para auxiliar na organização de eventos acadêmicos externos à UFPR, para viabilizar o proveitoso seminário com os professores Hespanha e Petit, além de tantas outras oportunidades em que as portas de sua sala sempre estiveram abertas.

Três exemplos de professores, e principalmente, de pessoas, que levo para a vida como modelos.

Mas nem só de conhecimentos se faz a academia. Nela também encontramos amigos, e nesse ponto, só posso agradecer por ter sido muitíssimo bem acolhido na UFPR. Ainda que o mestrado tenha me proporcionado conhecer muitas pessoas, três merecem o especial agradecimento pela amizade destes anos: Rafael Corrêa, parceiro de artigo, amigo de incontáveis almoços, cafés e, claro, do desespero da proximidade do prazo para depósito da dissertação. Pessoa cuja nobreza de espírito não pode ser vertida em palavras, mas quiçá possa ser encontrada num admirativo silêncio; Felipe Frank, com sua incomparável disposição em auxiliar a todos, mesmo quando desconhecidos. Recém apresentados em evento no Pleno do TJPR, talvez sem sequer saber meu nome, deu-me todas as dicas para o ingresso no mestrado da UFPR, encaminhou-me seus próprios resumos e compartilhou experiências sem as quais, talvez, não estivesse agora escrevendo estes agradecimentos. Por fim, Ligia Ziggotti de Oliveira, que se de um lado cobrava-nos a todo tempo publicações *qualis A* e dedicação ao grupo de pesquisa, de outro nunca deixou de compartilhar das horas de descontração: alguém que de fato sabe viver tudo o que a vida proporciona. Aos três, minha amizade sincera.

Por fim, mas não menos importante, aos servidores da secretaria do PPGD, sobretudo ao Mauro Eduardo Soares de Oliveira, dono de um humor aguçado que nada deixa escapar e à Ana Maria Cristofolini, cujo afeto catarinense faz de tudo para transformar as idas à secretaria em um momento mais descontraído.

É fácil trocar as palavras.

*É fácil trocar as palavras,
Difícil é interpretar os silêncios!
É fácil caminhar lado a lado,
Difícil é saber como se encontrar!
É fácil beijar o rosto,
Difícil é chegar ao coração!
É fácil apertar as mãos,
Difícil é reter o calor!
É fácil sentir o amor,
Difícil é conter sua torrente!*

*Como é por dentro outra pessoa?
Quem é que o saberá sonhar?
A alma de outrem é outro universo
Com que não há comunicação possível,
Com que não há verdadeiro entendimento.*

*Nada sabemos da alma
Senão da nossa;
As dos outros são olhares,
São gestos, são palavras,
Com a suposição
De qualquer semelhança no fundo.*

Fernando Pessoa

RESUMO

A dissertação se propõe a analisar como o Direito Civil brasileiro apreende o silêncio na espacialidade dos negócios jurídicos. Para tanto, depois de constatar que o tema foi profundamente analisado pela doutrina brasileira de década de 1930, notadamente pelas obras de Lino de Moraes Leme, José Martins Rodrigues e Miguel Maria de Serpa Lopes, o texto revisita estas obras, propondo uma sistematização entre os marcos teóricos utilizados por estes autores e um cotejo entre suas posições e as teorias do negócio jurídico próprias de sua temporalidade – a modernidade.

Sequencialmente, o texto apresenta uma síntese da transição do Direito Civil da modernidade para o Direito Civil contemporâneo, enfatizando as mutações operadas na seara negocial, dando assim o primeiro passo além daqueles trilhados pelos autores da década de 1930. Assim, apresenta também as teorias do negócio jurídico da contemporaneidade, esboçando as potencialidades de cada qual para a apreensão do silêncio enquanto fato jurídico.

Ao final, para apresentar o atual *locus* do silêncio no negócio jurídico, o texto constrói quatro modelos jurídicos para o silêncio: legal, consuetudinário, jurisprudencial e negocial, de acordo com a respectiva fonte normativa, e, por derradeiro, propõe um modelo hermenêutico que permite solver alguns dos problemas próprios do tema.

Palavras-chave: silêncio; Direito Civil; negócio jurídico; modelos de direito.

ABSTRACT

The dissertation aims to analyze how Brazilian Civil Law seizes the silence in contract law. Therefore, after noting that the issue was widely examined by Brazilian doctrine of the 1930s, notably the works of Lino de Moraes Leme, José Martins Rodrigues and Miguel Maria Serpa Lopes, the text revisits these works, proposing a systematization between the theoretical frameworks used by these authors and a comparison between their positions and the modern theories of contract.

Sequentially, the text provides an overview of the transition of Civil Law of modernity to the contemporary Civil Law, emphasizing the changes operated in contract law and so taking the first step beyond those trodden by the authors of the 1930s. The text also presents the contemporary theories of contract, outlining the potential of each to the seizure of silence as a legal fact.

Finally, to present the actual *locus* of silence in contract law, the text builds four legal models for silence: legal, customary, jurisprudential and contractual, according to its normative source, and, at last, proposes a hermeneutic model that allows solving some of silence's issues.

Key-words: silence; Civil Law; contract; juridical standards.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. O SILÊNCIO NA DOUTRINA BRASILEIRA DA DÉCADA DE 1930.....	4
1.1. A DOUTRINA BRASILEIRA DA DÉCADA DE 1930 SOBRE O SILÊNCIO E OS CUIDADOS EM SUA LEITURA.....	4
1.2. A VISÃO DO SILÊNCIO NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS.....	7
1.3. OS MARCOS TEÓRICOS DAS OBRAS DA DÉCADA DE 1930 E SUA SISTEMATIZAÇÃO.....	14
1.4. O <i>LOCUS</i> DO SILÊNCIO NAS TEORIAS MODERNAS DO NEGÓCIO JURÍDICO	25
1.4.1. O negócio jurídico da teoria da vontade.....	27
1.4.2. O negócio jurídico da teoria da <i>culpa in contrahendo</i>	31
1.4.3. O negócio jurídico da teoria da responsabilidade.....	33
1.4.4. O negócio jurídico das teorias da declaração e da confiança.....	36
1.5. O DESENVOLVIMENTO E AS CONCLUSÕES DOS AUTORES BRASILEIROS	41
2. RAÍZES MODERNAS, RAMOS CONTEMPORÂNEOS: AS VICISSITUDES ENTRE A GÊNESE DA DOUTRINA DE 1930 E O <i>LOCUS</i> DO SILÊNICO NO NEGÓCIO JURÍDICO	52
2.1. BREVE ESBOÇO DA TRAVESSIA DO DIREITO CIVIL MODERNO PARA O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO	52
2.2. TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO NEGÓCIO JURÍDICO E A(S) POSSIBILIDADE(S) PARA O SILÊNCIO	60
2.2.1. O negócio jurídico na teoria preceptiva de Emilio Betti.....	61
2.2.2. O negócio jurídico de Pontes de Miranda	68
2.2.3. O ‘comportamento social típico’ de Paulo Lôbo.....	78
2.2.4. A concepção estrutural do negócio jurídico de Antônio Junqueira de Azevedo....	83
3. A MARGEM DE CHEGADA: OS MODELOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO E SUA PROBLEMATIZAÇÃO NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO	94
3.1. O MODELO JURÍDICOS LEGAL DO SILÊNCIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002..	97
3.2. O MODELO JURÍDICO CONSUETUDINÁRIO DO SILÊNCIO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	125
3.3. O MODELO JURÍDICO JURISDICIONAL DO SILÊNCIO	130
3.4. O MODELO JURÍDICO NEGOCIAL DO SILÊNCIO.....	136
3.5. PROPOSTA DE UM MODELO HERMENÊUTICO.....	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	162

INTRODUÇÃO

“Falar em silêncio” pode parecer contraditório se tomado o falar na acepção verbal e o silêncio como ausência de som. Por outro lado, pode ser congruente se tomado o falar na acepção de comunicar, analisar, ou tantos outros significados possíveis. Essa pluralidade de acepções é típica do silêncio, e evidencia a existência de “vários silêncios”.

No Direito Civil há silêncio que implica ineficácia de pretensões, como aquele que compõe o suporte fático da prescrição; há silêncio que exterioriza aceitação, formando negócio jurídico, como a aceitação da doação ou da herança; há silêncio que nada diz, como há também silêncio que descumpra obrigação. As hipóteses são muitas, mas nem sempre trazem a necessária clareza sobre o significado do silêncio no caso concreto.

A dificuldade na interpretação e, principalmente, da sistematização dos silêncios, é natural e decorre do próprio ato de trazer à luz um fato que, via de regra, é invisível. Essa característica, no entanto, não justifica que um fato corriqueiro e relevante ao Direito Civil possa ser deixado à margem da dogmática jurídica. Basta lembrar que também a vontade, enquanto elemento subjetivo, embora também seja invisível, foi o ponto central das discussões do Direito Contratual. O mesmo se diga quanto a culpa, na Responsabilidade Civil; o afeto, no Direito de Família; ou a capacidade contributiva, no Direito Tributário.

São todos elementos invisíveis no plano da vida, mas que constituem, no plano do Direito, figuras jurídicas de fundamental relevância. Todos, porém, passaram pelas mesmas críticas até que se estabelecesse um procedimento capaz de objetiva-los. Assim foi com a vontade, objetivada por meio da declaração; com a culpa, objetivada no descumprimento de um dever de cuidado; com o afeto, evidenciado por meio de fatos objetivos que revelam relações de cuidado, de convivência e comunhão de vida; e também com a capacidade contributiva, objetivada pela célebre construção de Alfredo Augusto Becker que a vislumbra a partir de “fatos signo presuntivos de riqueza”¹.

Com os silêncios não será diferente, conforme se verá ao longo do texto.

Dessa equivocidade própria do silêncio decorre também o receio com que o tema foi tratado na modernidade, temporalidade que se apresenta, desde logo, como o ponto de partida da presente dissertação. Acompanhando as discussões doutrinárias e

¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

jurisprudenciais travadas sobretudo na Europa continental no início do século XX, a doutrina brasileira da década de 1930 produziu, num intervalo de menos de cinco anos, três importantes obras jurídicas dedicadas ao silêncio no Direito Civil.

Infelizmente, desde então o tema saiu dos holofotes da dogmática brasileira, ficando relegado aos temas marginais, apenas tocados em poucas páginas dos Cursos de Direito Civil e com conclusões prontas e acabadas. É justamente esta a constatação que justifica o presente texto. Não se pode conceber que na vigorosa travessia realizada do Direito Civil do início do século XX ao Direito Civil contemporâneo, o silêncio tenha permanecido intocado, com os mesmos contornos que lhe foram dados pela doutrina moderna.

Analísalo ainda com o mesmo significado e sob lentes ainda embaçadas por resiliências do pretérito é ignorar sua complexidade e contornar o papel da doutrina, que se revela justamente ao “desvendar o sistema ínsito ou imanente ao material jurídico, competindo-lhe olhar o múltiplo na sua articulação e interessando-lhe quer o desenvolvimento de conceitos, quer a exposição de regras jurídicas, (...) quer o preenchimento de lacunas”².

É essa a proposta da dissertação que ora se introduz. Partindo da doutrina brasileira da década de 1930 que tratou sobre o silêncio, o texto tem por objetivo identificar os marcos teóricos que formaram aquelas opiniões e analisa-las de forma articulada com as teorias do negócio jurídico daquela temporalidade.

Delimitada a margem de partida, o texto caminhará ao longo da travessia realizada pelo Direito Civil até seu atual estado da arte, sempre com olhos ao negócio jurídico e ao silêncio. Nessa travessia, serão tomados como marcos teóricos Emilio Betti, Pontes de Miranda, Paulo Luiz Netto Lôbo e Antônio Junqueira de Azevedo, autores que não só desenvolveram interessantes posições sobre o lugar do silêncio no Direito Civil mas também lograram contribuir com teorias próprias sobre o negócio jurídico. E é justamente a partir das possibilidades apresentadas por cada uma das teorias que se pode passar, sistematicamente, à terceira parte do texto.

Nesta, pretende-se expor como o silêncio se apresenta na espacialidade do negócio jurídico contemporâneo, o que se faz, metodologicamente, a partir de uma sistematização levada a efeito pela construção que quatro modelos jurídicos para o silêncio: o modelo legal, consuetudinário, jurisprudencial e negocial, cada qual de

² MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: _____. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 13-14.

acordo com a fonte normativa que deflagra a juridicização do silêncio ao tornar aquele fato, até então invisível, um fato jurídico.

Ao fim, propõe-se um modelo hermenêutico que pretende suprir eventuais lacunas dos modelos jurídicos a partir de soluções prospectivas às principais questões colocadas ao tema, notadamente, qual a natureza do silêncio nas relações humanas; se o silêncio é meio apto a exprimir vontade; se é possível aferir o conteúdo (ou o sentido) exprimido pelo silêncio no negócio jurídico; e se as regras que tomam o silêncio como manifestação de vontade permitem aplicação analógica.

A comunhão destas respostas com os quatro modelos jurídicos permite ao jurista não só compreender o silêncio sob uma nova perspectiva, como também solucionar um número considerável de questões que venham a se apresentar, demandando resposta jurídica. Não se pretende, todavia, a construção de uma teoria geral para o silêncio ou uma posição que se pretenda suficiente à apreender o tema em sua integralidade. Pelo contrário, a escolha de sistematização por meio de modelos jurídicos se dá justamente por reconhecer que o Direito não tem aptidão para apreender de forma plena a pluralidade dos fatos sociais, tampouco limitar sua força construtiva.

Os modelos são formulados apenas como ferramentas, como instrumentos de análise que não pretendem encerrar a verdade sobre o tema, tampouco constituem eles próprios objeto do Direito. Sua estruturação, entretanto, não só permite evidenciar como o silêncio é hoje apreendido, como revela ela própria as potencialidades e os obstáculos que se colocam a uma aplicação prospectiva do silêncio enquanto fato jurídico que compõe o suporte fático dos negócios jurídicos.

Em resumo, o texto se propõe a oxigenar os debates modernos sobre os silêncios no Direito Civil, problematizando-os pelas lentes da contemporaneidade, atuando assim em um movimento pendular entre a tradição da dogmática moderna e prospectividade dos modelos contemporâneos, tão necessária à regulação de uma sociedade em constante mutação.

1. O SILÊNCIO NA DOUTRINA BRASILEIRA DA DÉCADA DE 1930

1.1. A DOUTRINA BRASILEIRA DA DÉCADA DE 1930 SOBRE O SILÊNCIO E OS CUIDADOS EM SUA LEITURA

O silêncio é um fato do plano da vida que reconhecidamente é incorporado pelo direito como um fato jurídico. Em certas disciplinas, como o direito penal, adquire a natureza de direito subjetivo do acusado, como garantia contra a autoincriminação; no direito constitucional e administrativo, recebe efeitos jurídicos como garantia ao cidadão de que o Estado não permaneça inerte a suas reivindicações, ou mesmo para que os poderes atuem harmonicamente entre si. No campo do Direito Civil, embora seja um tema há muito discutido, ainda desperta grande controvérsia quanto ao seu lugar e seus efeitos, sobretudo se constitui, ou não, forma de manifestação de vontade apta a formar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

O ponto nodal da controvérsia se deve ao fato de a vontade constituir elemento essencial do ato jurídico, de modo que, se o silêncio não for capaz de exprimi-la, o ato sequer se formará. De outro lado, sendo apto a manifestar a verdade, surge a questão de como extrair o seu conteúdo. A doutrina brasileira pouco se aprofundou na análise do silêncio no Direito Civil, e quando o fez, limitou-se quase que exclusivamente a analisá-lo no bojo de obras sobre a parte geral do Código Civil ou sobre os contratos. À guisa de exemplo, até a década de 1930 foram publicados no Brasil apenas três livros jurídicos específicos sobre o tema.

O primeiro deve-se a Lino de Moraes Leme (1888-1969), professor catedrático de Direito Civil e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no tradicional Largo de São Francisco, intitulado “*Da eficácia jurídica do silêncio*”, publicado em 1933 pela Revista dos Tribunais. Das três obras monográficas, é a mais concisa, o que, de forma alguma, lhe prejudica o conteúdo.

Também se debruçou sobre o tema José Martins Rodrigues, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito do Ceará, hoje Universidade Federal do Ceará. Apresentou como requisito para o concurso da cátedra de Direito Civil a obra “*Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*”, no ano de 1934, concurso do qual sagrou-se vencedor. A obra foi recentemente reeditada pela editora Malheiros, sob o mesmo título, evidenciando sua atemporalidade no Direito brasileiro.

A terceira e mais extensa obra nacional deve-se a Miguel Maria de Serpa Lopes. Reconhecido como um dos mais destacados civilistas brasileiros do século XX, Serpa Lopes foi professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da PUC/RJ, livre docente de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito e Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Sua obra, intitulada “*O silêncio como manifestação da vontade*” é fruto de sua tese de doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, aprovada em 1937.

As três obras datam da década de 1930, produzidas, portanto, à luz do direito civil da primeira metade do século XX, sabidamente rígido, de caráter patrimonialista e marcado pela liberdade formal e pelo voluntarismo exacerbado³, características que exerceram substancial influência na interpretação do silêncio.

Além de compartilhar da mesma temporalidade, as obras são também muito próximas nos conteúdos analisados. Ressalvadas as peculiaridades que não lhes retiram a similitude, todas analisam o silêncio a partir do direito romano, passando pelo direito medieval e pelos códigos da modernidade, para, a partir deles, copilar as posições doutrinárias e analisar, sob seu ponto de vista, os papéis que podem ser assumidos pelo silêncio no Direito Civil.

O conteúdo análogo permite que se reconstrua o conteúdo destas três obras de forma unitária, percorrendo os passos já trilhados e mantendo a mesma estrutura comum, sem que seja necessária a descrição individual de cada uma das obras. No entanto, como a presente dissertação toma como margem de partida a doutrina da década de 1930, portanto ainda muito influenciada pelos contornos do Direito moderno, não se justifica aqui a retomada do tema do silêncio em períodos anteriores à modernidade, notadamente no Direito romano⁴ e no Direito medieval⁵. Ainda que tais

³ Paulo Lôbo expõe as razões de tal modelo jurídico: “a maximização do progresso material individual e ilimitado, exigente de normas certas, claras e precisas, para a segurança dos negócios, e a definição de conquistas contra a intervenção do Estado na órbita privada, especialmente a defesa da propriedade individual, redundaram na codificação civil moderna. O indivíduo era princípio e fim do ordenamento jurídico positivo, para a concepção liberal. E a propriedade privada era condição de liberdade; sua defesa e desenvolvimento constituíam a razão de ser do Estado e do direito” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26-27); Suas características são bem retratadas por Francisco Amaral, para quem: “do ponto de vista ideológico, [o Código Civil de 1916] consagrava os princípios do liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131).

⁴ Em síntese meramente ilustrativa, pode-se afirmar que os três autores, ao tratarem sobre o silêncio no Direito romano, partem do título 17 do livro 50 do Digesto, segundo o qual *quem cala não fala, mas*

análises sejam estruturantes das obras de Lino de Moraes Leme, Martins Rodrigues e de Serpa Lopes, não são necessárias ao desenvolvimento do presente texto, cujo recorte é mais recente.

Da mesma sorte, o fôlego e a profundidade dos estudos realizados por estes três civilistas sobre tema tão complexo e pouco explorado permite tomar suas obras como ponto de partida seguro para uma análise da travessia do silêncio no Direito Civil da modernidade para o silêncio no Direito Civil contemporâneo, traçando, assim, uma temporalidade mais precisa e adequada aos fins pretendidos pelo presente texto.

A revisitação das obras em tela exige, antes, a ressalva historiográfica cabível a todos os textos que possuam a pretensão de reconstruir um tempo ou período passado. Alguns textos jurídicos seguem a questionável tendência de traçar a história como uma linearidade contínua e a inclinação pela falaciosa conclusão de que o direito contemporâneo é o auge de uma cadeia evolutiva⁶. A historiografia jurídica, no entanto,

também não nega (qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare). A partir dele, concordam que no Direito romano não havia uma regra geral sobre o sentido do silêncio, mas ao contrário, várias regras pontuais que ora lhe conferiam caráter de aceitação, ora de recusa, ou mesmo de fato extintivo de direitos, conforme a situação. A divergência entre os autores se situa em estabelecer qual seria a natureza jurídica desse silêncio nos textos romanos. Para Lino de Moraes Leme, trata-se de uma ficção de vontade criada pelo Direito para solver situações da vida quotidiana (LEME, Lino de Moraes. *Da eficácia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 9); Martins Rodrigues entende que os efeitos conferidos ao silêncio decorriam de uma presunção de vontade derivada de uma obrigação de falar própria de determinadas situações, e não pelo Direito tomá-lo propriamente como vontade (MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72); por derradeiro, após apresentar diversas situações em que o Direito romano conferia efeitos ao silêncio, Serpa Lopes reconhece que dessas situações é possível inferir que o silêncio é uma forma de manifestação de vontade, mas que apresenta variados graus, transitando em graus fracos, que revelam apenas a *patientia* do silente, até graus elevados de vontade, que exprimem verdadeira *voluntas* (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 21-25).

⁵ Em suas pesquisas sobre o silêncio no Direito medieval, os autores partem do brocardo *quem cala consente (qui tacet consentire videtur)*, que em determinados períodos era aceito como válido, em outros não. Em síntese, essa regra era aceita com poucas ressalvas pela escola dos glosadores, na qual fora teorizada sobretudo por Dino da Mugello e refutada pela escola dos legistas, sobretudo pelos trabalhos de Cino de Pistola, Bartolo Baldo e Panormitano, que não lhe conferiam qualquer aplicação no campo contratual. Entre os canonistas, uma primeira vertente, capitaneada por Giovanni D'Andrea, sustenta que o silêncio vale como consentimento quando o ato poderia ser impedido ou proibido e não o foi, e como dissentimento quando poderia ter manifestado oposição e não fez, posição ponderada e que foi amplamente acolhida até o século XVI, a partir do qual uma segunda vertente de autores canonistas, dentre os quais Augustino Barbosa, retomam a aceitação ampla da regra pela qual o silêncio, na dúvida, deve ser tomado como aceitação (Por todos, SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 25-35).

⁶ “O senso comum dos juristas (fala-se evidentemente de uma maneira generalizada) gosta de pensar que o direito atual, o direito moderno, é o ápice de todas as elaborações jurídicas de todas as civilizações precedentes, já que é a única ungida com a água benta da ‘racionalidade’. O direito moderno frequentemente é visto como o resultado visto como o resultado final de uma evolução histórica onde tudo aquilo que era bom no passado vai sendo sabidamente assimilado e decantado, de modo a transformar o nosso direito vigente na mais sofisticada e elaborada maneira de abordar o fenômeno jurídico” (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 112-115). A afirmação é confirmada ao se compulsar a obra de Clóvis Beviláqua, que ainda nas

pugna por um modelo metodológico mais rigoroso, em que o senso comum ceda lugar à razão crítica⁷.

Salutar reconhecer, ainda, que os três autores têm como linha de pesquisa o Direito Civil e não a História do Direito, de modo que além de não utilizarem as metodologias próprias da historiografia jurídica, valem-se sobretudo de fontes indiretas para a reconstrução de períodos passados. Em síntese, é preciso reconhecer que o Direito moderno tratado nas obras da década de 1930, exposto tanto em suas fontes legais quanto doutrinárias, consubstancia a visão que aquela doutrina tinha sobre o Direito moderno e a leitura por ela realizada das fontes citadas, de acordo com as críticas e concepções próprias daquela temporalidade.

Estabelecidas estas premissas, é possível passar à exposição dos principais pontos analisados nas citadas obras a fim de desenhar como e a partir de quais fontes a questão do silêncio foi tratada pela doutrina brasileira da década de 30.

1.2. A VISÃO DO SILÊNCIO NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS

A reconstrução histórica tem continuidade pelo estudo das codificações modernas, constatando que há considerável variação ao conteúdo jurídico do silêncio, evidenciando de certa forma a continuidade da divergência doutrinária que se fez presente tanto no Direito Romano quanto no Direito Medieval sobre os efeitos do silêncio. Lino de Moraes Leme adota como metodologia, primeiramente dividir os códigos entre aqueles que admitem e os que não admitem a manifestação tácita de vontade, para, em um segundo momento, analisar o silêncio dentro do grupo que os admite.

Assim, apresenta primeiramente os Códigos da Alemanha, México, Bavária e do Cantão de Friburgo como os que não admitiam que a vontade se exprimisse senão de

preliminares de seu código civil comentado anuncia: “[as codificações] apresentam-se na história do direito, como phase normal da evolução, que, partindo da fluidez inicial das ordens mais ou menos arbitrárias, das sentenças de varia inspiração, e dos costumes, vae em busca de formas definidas, firmes e lucidas, que traduzem, melhor, as exigências, cada vez mais apuradas, da consciência jurídica, e, melhor, disciplinem os interesses dos individuos e dos agrupamentos sociaes” (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, p. 9).

⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 28.

forma objetiva. À guisa de exemplo, cita o art. 1.135 do Código de Friburgo, dispondo que “o consentimento tácito não se presume senão nos casos previstos em lei”⁸.

Ainda que o autor advirta que “o Código alemão não fala em declaração tácita de vontade porque, ao tempo da discussão do mesmo, foi observado que não convinha dar um caráter geral a uma forma de declarar a vontade que apenas se tolera excepcionalmente”, a obra de Serpa Lopes, por ter sido atualizada em edição de 1961, adverte ao leitor de que a necessidade de dar preponderância aos usos da prática provocou a reforma do Código Civil Alemão, que em seu §151 passou não só a admitir a manifestação tácita de vontade como também a constituição do contrato pelo silêncio, quando a prática habitual não exigisse que a aceitação fosse comunicada ao ofertante ou se este a dispensasse⁹.

A mesma necessidade prática fez com que o Código Civil do México, cujo art. 1.287 restringia imensamente a manifestação tácita, estabelecendo que “só aquele que esteja na impossibilidade *physica* de falar ou escrever poderá exprimir seu consentimento por outros signaes não equívocos”¹⁰, redefinissem seu critério para passar a admiti-la de maneira mais ampla.

Quando da atualização da obra de Serpa Lopes o código mexicano já admitia o consentimento tácito, definido por seu art. 1803: “O consentimento tácito resultará de fatos ou de atos que pressuponham ou que autorizem a presumi-lo, exceto nos casos em que por lei ou por acordo a vontade deva se manifestar expressamente”¹¹. Esses dois exemplos demonstram de forma clara como a lei não pode virar as costas para as práticas sociais, mesmo que o faça primando por maior segurança.

As demais legislações citadas nas obras em tela admitem a manifestação tácita¹², e, especificamente quanto ao silêncio, são classificadas por Serpa Lopes em três

⁸ LEME, Lino de Moraes. *Da efficacia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 22.

⁹ “§151: O contrato torna-se perfeito pela aceitação da proposta, sem que seja necessária a declaração da aceitação ante o proponente, se uma tal declaração, de conformidade com os usos e costumes, não deve ser esperada ou [se] o proponente renunciou a ela. O momento em que se extingue a proposta, se estabelece de acordo com a vontade do proponente, resultante da proposta ou das circunstâncias” (Código Civil Alemão. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p. 42).

¹⁰ LEME, Lino de Moraes. *Da efficacia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 22.

¹¹ Tradução livre de “El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expressamente” (SERPA LOPES, *ibidem*, p. 84).

¹² À guisa de exemplo, o art. 863 do Código Civil da Áustria: “exprime-se a vontade por palavras, signaes e mesmo tacitamente por actos que, tendo em atenção as circunstanciais, não deixem nenhuma duvida sobre a sua existência” e o art. 1.108, b, do Código Civil do estado alemão de Baden: “ha consentimento

grupos: a) as que possuem regra especial definindo os efeitos do silêncio, seja de forma concentrada ou esparsa em várias regras, como o fazem o Código Civil suíço, alemão, tunisiano, marroquino, do Estado norte americano da Luisiana e o Código Comercial húngaro; b) as que não tratam da questão, deixando o preenchimento da lacuna para o campo doutrinário, como o fazem o Código Civil francês e o italiano; e c) as que tendem a negar ao silêncio qualquer valor, exceto nas pontuais hipóteses especificadas na lei, sendo exemplos o Código Civil português, espanhol e argentino.

O primeiro grupo, por certo, é o que mais interessa ao presente estudo. O Código Civil suíço admite o silêncio como aceitação quando pela natureza do negócio não se costuma aceitar de forma expressa. É o que estabelece o art. 6º, citado por Martins Rodrigues: “quando o autor da oferta não devia, em razão da natureza especial do negócio, ou das circunstâncias, esperar uma aceitação expressa, o contrato se reputa concluído se a oferta não tiver sido recusada dentro de um prazo razoável”¹³.

Subsumem-se a tais hipóteses, por exemplo, os contratos de mandato próprio da profissão ou da posição do mandatário, dos contratos de comissão, de transporte e de seguro, estes na hipótese de propostas de prorrogação¹⁴.

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) parte da hipótese geral de seu já citado §151, que admite a eficácia constitutiva do silêncio quando pela prática habitual não se espera a aceitação expressa ou se o oferente a dispensou. Para além de tal regra geral, que se aproxima da do código suíço, o código alemão ainda tomava como hipóteses especiais o consentimento do comprador que permanece silente quando lhe é enviada a coisa a adquirir ou experimentar (§496), a prorrogação da locação após seu termo, se as partes nada fazem (§625) e a continuação do contrato de sociedade após findo o prazo de sua vigência, sem o encerramento das atividades (§724)¹⁵.

O Código Comercial do mesmo país, em seu §362, admitia ainda o silêncio como aceitação nos casos em que a prática comercial assim já o consagrava: “o mandato outorgado a um comerciante, em relação de negócio com o mandante ou que se tenha oferecido êle próprio à execução de mandatos do mesmo gênero, é considerado como

tácito quando, mediante proposta de uma parte, a outra faz uma cousa que supõe a aceitação” (LEME, Lino de Moraes. *Da eficácia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 22/23)

¹³ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 78.

¹⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 78.

¹⁵ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77.

tendo aceito, desde não haja recusado”¹⁶. Hipótese simile fora consagrada no art. 320 do Código Comercial húngaro, igualmente regulamentando a relação de mandato entre comerciantes¹⁷.

Completam esse primeiro grupo o código marroquino (cujo art. 38 determina que “o consentimento ou ratificação podem resultar do silêncio quando a parte de cujos direitos se dispõe está presente ou devidamente informada e não contradiz, sem que nenhum motivo justifique o silêncio”), o código do Estado norte-americano da Luisiana (cujo art. 1805 admite o silêncio circunstanciado ao estabelecer que “a proposta ou aceitação de um contracto é tácita, quando manifestada por actos ou mesmo pelo silêncio ou a inação, nos casos em que as circunstanciais autorizam a interpreta-las assim, ou nos que dão logar á presunção legal do consentimento”)¹⁸ e finalmente código tunisiano (cujo art. 29 estabelece que “a ausência de resposta vale como consentimento, quando a proposta tiver ligação com relações de negócios anteriores entre as partes”)¹⁹.

O segundo grupo tem por expoentes os códigos da França e da Itália que não tratam da questão do silêncio, deixando uma lacuna a ser preenchida pela doutrina e pela jurisprudência.

Martins Rodrigues, citando Demogue, aponta que a omissão de tal questão no código francês se dá em razão de sua época, esclarecendo que ao tempo de Napoleão esse problema era desconhecido. Todavia, encontra no referido código algumas hipóteses pontuais, como a do art. 1.738, que versa sobre a recondução tácita do contrato de locação, e a abstenção da mulher casada pelo regime da separação de bens quando seu marido passa reger seu patrimônio, omissão esta que torna inexigível deste o dever de restituição (art. 1.578)²⁰.

O código italiano também não previa uma regra própria ao silêncio, inclinándose a jurisprudência a admitir a eficácia do silêncio em determinadas situações de fato. A doutrina, entretanto, apresenta-se dividida em tal mister. De um lado, alguns autores

¹⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação de vontade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 82.

¹⁷ “Um comerciante que está em relações de negócio com outro, que se lhe ofereceu para a execução de um mandato, é obrigado a manifestar-se imediatamente a propósito de um mandato ou de uma proposta a ele endereçada; do contrário, o seu silêncio deve ser considerado como aceitação” (Baudry-Lacantinerie, *Delle Obbligazioni*, v. I, p. 77, *apud* MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vinculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 78).

¹⁸ LEME, Lino de Moraes. *Da efficacia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 25.

¹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação de vontade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 83.

²⁰ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vinculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75.

entendem que em determinadas circunstancias a boa-fé impõe ao silente o dever de se manifestar de forma expressa seu eventual dissentimento, de modo que não o fazendo, manifestou, com seu silêncio, a vontade de aceitação, ou, pelo menos, a presunção de sua aceitação derivada da lei.

De outro lado, autores mais atrelados ao individualismo e ao dogma da vontade sustentam que o consentimento apto a formar o contrato somente pode ser manifestado de forma positiva, de modo que, havendo obrigação de falar, o silêncio terá apenas os efeitos de um descumprimento de tal dever, e não o de formação do contrato²¹.

Finalmente, o terceiro grupo da classificação de Serpa Lopes é formado por Portugal, Espanha e Argentina, que tem certa tendência a recusar eficácia ao silêncio, excetuadas as hipóteses em que a própria lei o faz.

O código português então vigente²² apresentava três artigos mais relevantes sobre a questão do silêncio: o art. 647, determinando que “o consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestado”; o art. 648, que admite a manifestação tácita: “a manifestação do consentimento pode ser feita de palavra, por escrito, ou por fatos donde êle necessariamente se deduza”; e por derradeiro o art. 652, que dá o efeito de recusa quando decorridos 8 dias da oferta, o oblato permanece silente²³.

Para além do Código Civil, o art. 66 do Decreto Lei nº 13.725 de 1927 resolvia a famosa questão da remessa de livros, jornais ou revistas com aviso cominatório, determinando que o escoamento do prazo cominado sem a respectiva devolução não equivalia à aceitação pelo destinatário da oferta²⁴.

Na Espanha, o silêncio não possuía valor jurídico senão quando expresso em lei ou previamente estabelecido por convecção. Na Argentina, a legislação era claramente contrária a admitir ao silêncio o efeito de manifestação de vontade. Dizia o art. 919 de seu Código Civil:

O silêncio oposto à atos ou a uma interrogação não é considerado como manifestação de vontade conforme o ato ou a interrogação, senão nos casos em que

²¹ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vincula obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75-76.

²² Tratava-se do Código Civil de 1867, conhecido como Código Seabra em homenagem ao seu redator Antônio Luís de Seabra e Souza, 1º Visconde de Seabra.

²³ “Na falta de prazo assinalado, considerar-se-á como não aceita a proposta se a outra parte não responder dentro de oito dias, além do tempo necessário à ida e volta regular do correio público, ou, não havendo correio, dentro do tempo que parecer razoável, conforme as distâncias, a facilidade ou dificuldade das comunicações” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 84).

²⁴ *Ibidem*, p. 85.

haja uma obrigação de responder pela lei ou pelas relações de família, ou caso haja relação entre o silêncio atual e declarações precedentes²⁵

No Brasil a questão toma contornos ainda mais interessantes: enquanto a legislação se mostrou tendencialmente favorável a admitir o silêncio como manifestação de vontade, a doutrina deu um passo atrás, criticando a legislação e dando-lhe interpretação mais restritiva.

O Código Civil de 1916 não possuía uma regra específica sobre o silêncio, o que levou Martins Rodrigues a destacar o art. 1.084²⁶ como a mais relevante disposição legal sobre o silêncio do referido *codex*. Segundo o citado artigo: “se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

Para Martins Rodrigues, em face de tal disposição, o direito positivo brasileiro admitia que para a formação do vínculo contratual bastava que a oferta estivesse acompanhada da dispensa de aceitação expressa para que o contrato se forme a partir do silêncio do oblato. O autor admitia que essa solução era excessiva, e em muitos casos seria injusta, mas a aceitava por ser a opção tomada pelo Código brasileiro.

A doutrina brasileira, entretanto, tece fortes críticas a tal dispositivo, laborando por uma interpretação restritiva. Para Eduardo Espínola, o art. 1.084 em verdade estabelecia ao proponente uma obrigação de responder, ainda que esta não seja a prática vigente ou não seja essa a sua vontade. Segundo o autor: “admite-se que o silêncio possa, nalguns casos, significar aceitação; mas é manifesta inconveniência deixar ao arbítrio do proponente colocar outrem na necessidade de lhe dar uma recusa, no prazo que lhe pareça suficiente para uma deliberação e resposta”²⁷.

Clóvis Beviláqua, no entanto, divergia da interpretação de Martins Rodrigues e de Espínola de que o art. 1.084 havia criado uma obrigação de responder. Para o redator do Código, o só fato de o proponente incluir cláusula de dispensa de aceitação expressa não satisfaz a hipótese legal, que exige que os costumes daquela forma de

²⁵ Tradução livre de “el silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicar-se por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”, citada em SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação de vontade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 86.

²⁶ Redação reproduzida no art. 432 do código atual.

²⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. Manual do Código Civil Brasileiro de Paulo de Lacerda. v. III, 1993, 1ª parte, nº 5, *apud* MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81.

contrato dispensem a aceitação expressa, e não somente o proponente, que não pode violentar a vontade daquele a quem oferece o contrato²⁸.

Para além da regra do art. 1.084, Serpa Lopes aponta outros dispositivos legais que versam sobre o silêncio como fato jurídico, seja para conferir-lhe efeito constitutivo de relação jurídica, para tomá-lo como elemento formativo de omissão dolosa ou mesmo para negar-lhe efeitos.

Dentre os dispositivos que tomavam o silêncio como aceitação, cita o artigo 1.290²⁹ do Código de 1916. Trata-se da hipótese de mandato tácito do qual o silêncio é elemento formador, eis que se aperfeiçoa com a ciência do *dominus* sobre a execução de uma preliminar gestão de negócio em seu favor somada a seu *non contradicere*, materializado no silêncio e apto a converter a gestão de negócios em mandato tácito.

Cita também espécie em que o silêncio constitui o suporte fático da omissão dolosa, cuja regra geral constava no art. 94 do Código Beviláqua. Enunciava o citado artigo: “nos atos bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela se não teria celebrado o contrato”³⁰. Há ainda as hipóteses específicas dos contratos de seguro, notadamente o art. 1.444³¹, pelo qual o segurado que omite circunstâncias relevantes perde o direito ao seguro, e o art. 1.446³², que impõe o dever de restituição em dobro ao segurador que, mesmo sabendo cessado o risco objeto do contrato, expede a apólice que o cobre.

Do Código Comercial, Serpa Lopes cita a dúvida derivada da hipótese do art. 200, n.º 3³³, cuja interpretação desencadeou controvérsia doutrinária se, encaminhada a fatura com cláusula modificativa, o silêncio do destinatário seria ou não apto a

²⁸ “Fora dessas circunstâncias, não se poderá inferir aceitação do silêncio desacompanhado de atos que a pressuponham, ainda que a proposta venha acompanhada de cláusulas cominatórias: considera-se aceito o objeto remetido, se não for devolvido dentro de certo lapso de tempo. Tal exemplo não tem base jurídica. O polícitante não pode violentar a vontade daquele a quem propõe a conclusão de um contrato. Contrato é acordo de vontades” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, v. IV, 3. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 112

²⁹ “Art. 1.290. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito”. A redação foi reproduzida no art. 656 do Código Civil de 2002.

³⁰ “A redação foi reproduzida no art. 147 do Código de 2002, alterando-se apenas atos bilaterais por negócios jurídicos bilaterais.

³¹ “Art. 1.444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”, reproduzido com alterações no art. 766 do Código de 2002.

³² Art. 1.446. O segurador, que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado”, reproduzido no art. 773 do Código de 2002.

³³ Art. 200 - Reputa-se mercantilmente tradição simbólica, salva a prova em contrário, no caso de erro, fraude ou dolo: (...)3 - a remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador;

modificar o contrato anteriormente estabelecido. No entanto, esclarece J. X. Carvalho de Mendonça, com quem concorda Serpa Lopes, que a fatura possui tão somente natureza probatória, e não descritiva da relação jurídica, sendo inapta a alterá-la.

No mesmo diploma, o art. 305, n.º 3³⁴, trata de hipótese em que o silêncio é meio de prova da existência de sociedades irregulares. Pela dicção legal, se um dos associados se confessa sócio, o silêncio dos demais sócios, externado por um *non contradicere*, autoriza a presunção de existência da sociedade³⁵³⁶.

A conclusão apresentada por Martins Rodrigues é que o Código Civil brasileiro de 1916 foi além até mesmo “dos mais ardorosos partidários da eficácia do silêncio”, que em regra a admitem apenas quando o silêncio se faz acompanhar de determinadas circunstâncias, justificando que tanto na regra geral do art. 1.084, que admite a formação do contrato pelo silêncio, como em hipóteses pontuais, como a do art. 1.293, pela qual o silêncio do oblato implica em aceitação do mandato caso este seja da profissão do mandatário, como é exemplo a advocacia³⁷.

1.3. OS MARCOS TEÓRICOS DAS OBRAS DA DÉCADA DE 1930 E SUA SISTEMATIZAÇÃO

Conhecido o direito positivo vigente na década de 1930, a pesquisa trazida nas obras em tela dedica-se a compilação dos posicionamentos doutrinários sobre o tema, sobretudo de autores europeus. A extensão da pesquisa dedicada às fontes doutrinárias em tais obras parece corroborar a afirmativa de Antônio Pinto Monteiro: “sem dúvida que a lei é hoje a principal fonte de direito. Mas não é a única. (...) É à doutrina que se deve, em maior medida, o desenvolvimento científico do direito”³⁸.

³⁴ “Art. 305 - Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. (...) 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública”.

³⁵ Ambos os dispositivos do Código Comercial foram expressamente revogados pelo Código Civil de 2002.

³⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação de vontade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 126.

³⁷ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79-81.

³⁸ Vale a transcrição da íntegra do citado parágrafo: “E é à doutrina que se deve, em maior medida, o desenvolvimento científico do direito. Se é a jurisprudência que realiza o direito, a verdade é que, como temos dito, é todo o trabalho que está a montante que permite ao juiz o bom cumprimento dessa tarefa. Como iremos ver, todas as grandes doutrinas e teorias que permitiram o avanço do direito, fosse através da lei, fosse através das decisões judiciais, todas essas teorias e construções jurídicas foram elaboradas pelo pensamento jurídico, pela ciência do direito — pela doutrina! O próprio incentivo à intervenção judicial e ao papel constitutivo da jurisprudência, esse incentivo deve-se, em grande medida, afinal, à

De fato, ante a parca regulamentação legal sobre o silêncio no negócio jurídico, o maior desenvolvimento do tema se deu pelo trabalho doutrinário, fato que convoca também o presente texto a se debruçar sobre os marcos teóricos adotados pelas três obras brasileiras. Nesta senda, o presente subtítulo tem por desiderato apresentar a opinião dos autores que trataram do silêncio no Direito Civil a partir da sistematização e dos critérios de escolha de Lino de Moraes Leme, Martins Rodrigues e Miguel Maria de Serpa Lopes.

O objetivo portanto não é levar a efeito a uma análise pela metodologia do direito comparado, tampouco promover a apreensão e o estudo direto das concepções europeias anteriores à década de 1930 que informam, no contexto europeu continental, o sentido do silêncio, mas sim identificar aquilo que serviu de substrato para as mais relevantes construções no direito brasileiro até aquele momento histórico, e que se circunscrevem a uma lógica da modernidade, ainda que em alguns pontos possam apontar caminhos para a travessia ao contemporâneo.

Para o desempenho desse mister, é útil não só a explicitação do pensamento dos marcos teóricos dos autores brasileiros na sistematização por eles definida (que será realizada nesta seção, 1.3), mas também uma reorganização de tais correntes de pensamento em uma proposta metodológica específica desse trabalho que dialoga com as teorias do negócio jurídico da modernidade, que será realizada na próxima seção.

Serpa Lopes sistematiza as opiniões doutrinárias por ele analisadas dividindo-as em três correntes de pensamento: a primeira daqueles cuja posição era a de que o silêncio não vale como consentimento, exceto nos casos especificamente previstos em lei e que não admitem analogia; a segunda corrente compreende os autores que, indo além da primeira, afirmam que é possível estabelecer uma regra geral pela qual, de acordo com os casos e as circunstâncias, o silêncio possui o efeito de aceitação; e na terceira insere os autores que negam qualquer valor jurídico ao silêncio distinto daquele que se possa conferir à manifestação tácita.

Também Lino de Moraes Leme e Martins Rodrigues dividem seus marcos teóricos de acordo com os requisitos colocados a recepção do silêncio enquanto manifestação de vontade, mas cada qual propondo uma sistematização própria.

própria doutrina!” (PINTO MONTEIRO, Antônio. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012) – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 300/301).

Lino de Moraes Leme apresenta quatro correntes. A primeira admite o silêncio como um fato negativo, característica que não permite que dele se infira uma manifestação de vontade. A segunda corrente, com maior número de partidários, entende que o silêncio apenas tem efeito quando a lei assim estabelece e/ou quando acompanhado de circunstâncias que exteriorizem seu significado. A terceira corrente amplia as hipóteses admitidas pela segunda, acrescentando que o silêncio terá efeito jurídico quando houver relação negocial prévia entre as partes que crie para elas um dever de responder um ao outro. Finalmente, para a quarta corrente o silêncio pode também ser tomado como manifestação de vontade quando assim for reconhecido pelos usos e costumes, sobretudo na espacialidade do direito comercial³⁹.

Martins Rodrigues, por outro lado, divide os autores em três grupos: aqueles que negam qualquer eficácia ao silêncio; aqueles que, fundados no princípio da solidariedade social, admitem o silêncio como verdadeira manifestação de vontade, e finalmente, aqueles que admitem o silêncio apenas como um descumprimento culposos de um dever de responder, inapto a formação de vínculo contratual⁴⁰.

Em que pese a ausência de um critério uniforme nas divisões realizadas em cada uma das obras, é possível a partir delas propor uma sistematização mais ampla que possa apreender, se não por completo, ao menos substancialmente as diferenças que os autores pretenderam expor. Para tanto, divide-se os autores em duas correntes: uma restritiva, que apenas admite o silêncio como manifestação de vontade em casos pontuais, e outra extensiva, que vislumbra a possibilidade de se estabelecer regras gerais que possam distinguir quando o silêncio será juridicamente tomado como manifestação de vontade.

³⁹ “A boa fé e as conveniências do comercio fizeram admitir em certos casos, que nas correspondências entre negociantes o dissenso viesse expresso com resposta explicita. Obedecendo a esses princípios, a doutrina e a pratica comercial, a partir da celebre teoria de Bartholo, no fr. 12 D. *Ratam rem haberi*, etc. (46-8) e fr. 16 D., *ad S. C. Macedonianum* (14-6) interpretaram como consenso a *receptio litterarum cum taciturnitate*, nos seguintes casos: 1º) proposta expressa em forma de ordem comercial e mandato (comissão), dirigido a pessoa que faça profissão de comissário naquele gênero de negócios a que se refere o mandato; 2º) na oferta de venda acompanhada do envio da mercadoria, feita a quem negocia com aquela espécie de mercadoria; 3º) na carta acompanhada da declaração explicita ou implicita de ter o contrato por concluído no caso de não desaprovação: em ambos os casos, só os usos gerais do comércio, e principalmente, as relações entre o remetente e o destinatário autorizam o primeiro a reclamar o dissenso explicito” (LEME, Lino de Moraes. *Da efficacia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 20).

⁴⁰ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vinculo obrigacional e efeitos juridicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83-84.

Na primeira figuram os autores que não consideram o silêncio como forma de manifestação de vontade, ou que apenas o admitem com tal natureza em hipóteses pontuais, sem que delas se possam extrair elementos generalizantes.

Dentre as posições mais restritivas, destaca-se a de Silvio Perozzi. O autor parte da premissa de que a formação do contrato depende do concurso bilateral de vontades, sendo o silêncio de uma das partes a própria negativa dessa premissa, implicando a não formação do negócio. De outro lado, ressalva que nas hipóteses em que o silêncio se faz acompanhar de uma especial atitude que possa lhe dar sentido, já não se estará a tratar do silêncio como manifestação de vontade, mas desta atitude⁴¹. Para ele a questão não pode ser tratada a partir da distinção entre atos positivos ou negativos, mas deve cingir-se exclusivamente a estabelecer se houve uma manifestação de vontade ou se foi realizado um meio de não manifestar vontade. O silêncio, por si, seria apenas a não manifestação de vontade, ainda que reconheça a existência de casos em que as circunstâncias que o envolvam inequivocamente reflitam um conteúdo volitivo. Mas aí, novamente serão as circunstâncias a revelar a vontade, e não o silêncio⁴².

Também não o admitem como manifestação de vontade Ambrosio Colin e H. Capitant, que ressalvam apenas as hipóteses legalmente previstas ou, nas hipóteses em que as partes já estejam em relações negociais, quando o silêncio não possa ser interpretado de outra forma senão como aceitação⁴³.

Nicola Coviello apresenta uma das mais interessantes construções sobre o tema. O autor toma como partida o antigo princípio pelo qual o silêncio vale como aceitação quando o silente poderia e deveria ter falado. Mas tal princípio não esclarece qual a natureza desse pretenso dever de falar: seria um dever moral ou jurídico? Deriva

⁴¹ MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vinculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

⁴² SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação de vontade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 63-67. Demogue assim se refere à posição de Perozzi: “le silence n’est pas une manifestation de volonté, donc qu’il est sans effet, ou que c’est le silence au sens vulgaire de ne pas parler, qu’alors il y a manifestation dit tacite” (DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Tome I: sources des obligations. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 300).

⁴³ “El silencio parece ser lo contrario, aun de la manifestación indirecta de voluntad, con la que se confunde muchas veces. El que guarda silencio no hace manifestación alguna exterior. (...) En resumen, se ve que, fuera de las dos hipótesis (tácita reconducción y autorización marital en ciertos casos) en que la ley declara expresamente la asimilación, el silencio no puede ser considerado como productor de una manifestación de voluntad, salvo en los casos en que el individuo se encuentra colocado en una situación tal que la otra parte debe *necesariamente* interpretar su silencio como una aceptación. Esta situación sólo se encuentra en los casos en que las partes estaban *en relación de negocios* o *ya ligadas por un contrato* que se trata de continuar” (COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. *Curso elemental de derecho civil*. Tomo tercero: teoría general de las obligaciones. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, p. 618-621).

da lei ou do contrato? É um dever genérico ou de determinada pessoa? Com as respostas a estas questões constrói sua posição⁴⁴.

Primeiramente, esclarece o autor que se o dever de falar é um dever moral, não interessa ao campo jurídico, e portanto, não possui aptidão para deflagrar qualquer consequência jurídica. O dever tem de ser, então, jurídico, mas logo constata que não existe um dever genérico de responder previsto em lei, pelo que, as hipóteses em que a obrigação derivada da lei serão pontuais.

Decorrendo as obrigações jurídicas ou da lei ou do contrato, cumpre buscar qual dessas fontes impõe o dever de falar e como o silêncio se apresenta em cada caso. Se houver previsão contratual de que o silêncio será tomado como aceitação, o silêncio será uma manifestação expressa de vontade, posto que seu sentido já está predeterminado. Do contrário, havendo obrigação legal de responder, será inexorável concluir que os efeitos do silêncio serão efeitos legais, e não já de uma manifestação tácita, de autonomia da vontade, como pretendem outros autores.

Fora dessas hipóteses, considera o autor que ou não haverá dever de falar que justifique tomar o silêncio como manifestação positiva de vontade, ou, caso haja, seu descumprimento apenas acarretará responsabilidade, e não a formação de um vínculo contratual⁴⁵.

⁴⁴ “Ma con la manifestazione tacita di volontà non è da confondere il semplice silenzio. In sè stesso considerato il silenzio non è affermazione nè negazione, epperò non può considerarsi come manifestazione di volontà. La massima ‘*qui tacet consentire videtur*’ si dimostra falsa al confronto della realtà e contraria anche all’esperienza della vita; mentre a questa corrisponde l’altra ‘*qui tacet neque negat, neque utique fatetur*’. Non mancano però nella legge de casi in cui il silenzio viene considerato come manifestazione di volontà: e tutta la questione si riduce ad esaminare se siano eccezionali, o si possano ricondurre a un principio general. Se si dice che la fonte è un contratto, allora, come abbiám visto, il silenzio è consenso espresso; mentre qui si vuole indagare quando valga manifestazione tacita: se si dice ch’è la legge, allora si confessa che il silenzio vale manifestazione di volontà solo ne’ casi dalla legge stabiliti per motivi speciali. In ogni modo però non si viene a spiegare come il silenzio che contravvenga all’obbligo di parlare debba considerarsi come manifestazione di volontà che importi rinunzia a un diritto o assunzione di obblighi, mentre per principio generale qualsiasi fatto, positivo o negativo, che costituisce inadempimento d’un obbligo, è un fatto illecito che produce solo la conseguenza del risarcimento de danni ove questi siansi avverati: sicchè chi tace, ove abbia l’obbligo giuridico di parlare, non consente, ma è in colpa; non compie un negozio giuridico, ma un fatto illecito. Altri con maggiore esattezza scientifica pensa che il silenzio importi manifestazione do volontà ogni volta sia *univoco*, non solo secondo i criteri logici, ma anche secondo i criteri pratici: la stessa regola che serve a decidere quando i fatti positivi siano concludenti, deve valere pel fatto negativo del silenzio. Ma si può osservare in contrario che se il criterio della incompatibilità può valere per i fatti equivoco: solo le circostanze positive che ad esso si accompagnano potranno farlo interpretare in un senso piuttosto che in un altro: ma allora saranno questi fatti che faranno argomentare la vera volontà, non il silenzio per sè solo. Perciò noi crediamo che, tranne nei casi espressamente ammessi dalla legge, il silenzio non equivalga a manifestazione tacita di volontà: e in que’ casi stessi si può dire, con maggiore esattezza, che si ha una presunzione di volontà, anziché una volontà effettiva” (COVIELLO, Nicola. *Manuale di diritto civile italiano: parte gelerale*. 3ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1924, p. 357-358).

⁴⁵ “Entre os que negam, em tese, ao silêncio o efeito jurídico de formar o vínculo obrigacional, está Coviello, para quem, apreciado em si mesmo, o silêncio não é afirmação nem negação e, portanto, não

Para Bonfante⁴⁶, o essencial é diferenciar a possível cognoscibilidade de um querer e a manifestação do querer. Quando a lei exige apenas a cognoscibilidade do querer, como no *animus possidendi*, o silêncio tem efeito jurídico, mas nas relações contratuais, para as quais exige-se a manifestação de um querer, já não tem tal eficácia. Ou seja, para o autor, na seara negocial o silêncio não possui aptidão para manifestar vontade, ficando restrito às hipóteses legais.

Essa posição é também compartilhada por Giuseppe Stolfi, que não admite o silêncio como manifestação de vontade. Pelo contrário, o autor considera que, não sendo nem afirmação nem negação, o silêncio é exatamente o oposto da manifestação de vontade: “si la voluntad ha de manifestarse por lo menos en forma de afirmación o de negación, es obvio que falta el consentimiento si el interesado no dice nada”. Isso não impede que o legislador atribua tal efeito ao silêncio, mas o faz substituindo a vontade da parte, e não propriamente reconhecendo-a no silêncio. Das regras legais que assim o façam, entretanto, não se pode deduzir um princípio geral, posto que as normas excepcionais não o admitem⁴⁷.

Essa visão restritiva das hipóteses legais que admitem o silêncio como aceitação é também compartilhada por Marcel Planiol e Georges Ripert:

Il garde le silence. La question se pose alors de savoir si cette attitude toute abstentive peut être considérée comme l'équivalent d'une manifestation positive de volonté, génératrice d'obligations" (...) En ce qui concerne la création ou la prorogation d'obligations contractuelles, notre droit contient certaines disposition précises conférant au silence la valeur d'un acquiescement (...) Ces dispositions isolées ne permettent pas pourtant d'ériger en règle générale, d'adage : *qui ne dit mot consent*. Par sa nature, et

pode considerar-se como manifestação da vontade. Contesta esse mesmo jurista a máxima – *qui tacet consentire videtur* – e declara insuficiente o princípio do antigo direito, segundo o qual o silêncio podia valer como manifestação de vontade, quando aquele calava podia e devia falar. Mas – pergunta Coviello – onde tinha origem essa obrigação de falar, e se seria ela dever moral ou jurídico. Se moral, não há como invocá-lo, porque não poderia produzir consequências jurídicas. Se jurídico, resta ainda verificar a fonte donde ele dimanava – o contrato ou a lei. Dado que seja o contrato a fonte, então, em seu parecer, o silêncio é consentimento expresso, por virtude mesmo da convenção que lhe deu essa força; mas, se se entende que a fonte é a lei, então se confessa que o silêncio só vale como manifestação de vontade nos casos que a mesma lei, por motivos especiais, estabeleceu” (MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86).

⁴⁶ “El silencio (calar, no contradecir), o sea la inacción absoluta no puede valer, en general, como manifestación de voluntad. El silencio tiene eficacia solamente en casos determinados *expresa y positivamente* por la ley, ya que en estos casos, bien por la naturaleza de la relación o por razones de utilidad social, la ley conforma con una voluntad no perfecta, con un asentimiento pasivo, representado por el silencio consciente, y a veces hasta se presume la voluntad a base del silencio inconsciente (*etiam Titio ignorante vel furioso*) de frente a proposiciones o actos de otras personas” (BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci Andres Larrosa. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1929, p. 76).

⁴⁷ STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959, p. 208-209.

dégagé de toutes autres circonstances, le silence a une signification équivoque⁴⁸.

Ripert, mesmo quando passa a escrever em conjunto com Jean Boulanger, em homenagem ao princípio do consensualismo mantém sua visão restritiva em relação ao silêncio enquanto manifestação de vontade apta a gerar vínculos negociais. Porém, para além das hipóteses legais, passa a admitir também a eficácia constitutiva do silêncio em virtude de um acordo anterior entre as partes ou quando o exija a natureza profissional da relação entre as partes⁴⁹.

Entre nós, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça também apresentou argumentos contrários ao silêncio enquanto manifestação de vontade. De início fundamenta sua posição por considerar que o consentimento é um fato positivo, e por isso não pode ser presumido: ou se revelou, ou não se revelou. O simples silêncio não pode induzir ao consentimento, e caso haja dúvida sobre o consentimento, deve-se interpretar de forma contrária à formação do contrato, em homenagem a liberdade contratual.

No entanto, na continuidade de sua obra o autor revela que suas razões, em verdade, são pragmáticas e derivam da específica hipótese da advertência pela qual se tomará o silêncio como aceitação:

Quanto às obrigações contratuais, o que agora dizemos a respeito do silêncio se nos afigura como irrefutável. Nada nos poderia convencer da doutrina contrária, de todo ponto lesiva de altos interesses sociais. Na época atual existem casos numerosos e frequentes de oferta unilateral. É o jornaleiro, é o revisteiro, é o ator, o músico, o vendedor por amostras remetidas, que nos enviam seus jornais e revistas, seus bilhetes de ingresso, seus espécimes, com a cláusula que a não-devolução implica a aceitação dos mesmos. É justo que o indivíduo imponha desse modo à sociedade uma tal forma de contratar? É

⁴⁸ PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Tome IV. Obligations. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 131-133).

⁴⁹ "Llevando hasta los límites extremos la aplicación del principio del consensualismo, se ha sostenido a veces que el simple silencio puede servir de consentimiento. Sería reconocer un valor jurídico al proverbio: 'quien calla otorga'. (...) 1º El silencio puede servir de consentimiento en virtud de un *acuerdo anterior*; por ejemplo, una persona recibe sin protestar una carta que confirma un acuerdo verbal anterior (París, 25 de noviembre de 1920, D. P. 1922. 2. 41). Este acuerdo que confiere un valor jurídico al silencio puede presumirse si las partes estaban en *relaciones de negocios* habituales, por ejemplo, un comerciante recibe sin protestar un pedido o una mercadería de su corresponsal habitual (Burdeos, 3 de junio de 1867, D. 67. 2. 166, S. 68. 2. 183; Montpellier, 3 de julio de 1885, S. 85. 2. 56; Rouen, 19 de marzo de 1902, D. 1903. 2. 109; Douai, 12 de noviembre de 1953, D. 1954, 63; Rapp. Req., 14 de mayo de 1912, D. 1913. I. 281; 22 de marzo de 1920, I. 208). 2º A falta de todo acuerdo, conforme a los *usos de una profesión* el silencio puede ser considerado como una aceptación; así ocurre con los 'avisos de cumplimiento' dirigidos al cliente que ha dado la orden por un agente de cambio o un banquero o también con las cláusulas relativas al pago que suelen estar insertas en las facturas" (RIPERT, Georges ; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol*. Tomo IV. Buenos Aires : La Ley, 1963-1965, p. 104-105).

honesto que o egoísmo ou o interesse de alguns perturbe os homens ocupados muitas vezes com funções importantíssimas e contínuas, impondo-lhes à obrigação de responder a repetidas propostas desse gênero? A questão está, pois, sujeita ao critério da moralidade.

Em síntese, três são os principais argumentos dessa primeira corrente doutrinária: a) o silêncio não possui aptidão de manifestar vontade; b) o silêncio só poderá ser considerado como tal nas hipóteses especiais em que a lei assim o considerar ou quando as partes previamente o estabelecerem; c) o descumprimento de um dever de falar, através do silêncio, acarreta responsabilidade do silente, e não a formação de um vínculo negocial, para a qual é necessária a aceitação.

A segunda corrente de autores que foram adotados nas obras brasileiras como marcos teóricos contempla as interpretações extensivas que admitem formulações mais amplas para o silêncio enquanto manifestação de vontade, a ponto de permitir a construção de regras gerais. Neste ponto, é possível adotar ainda uma das subdivisões propostas por Serpa Lopes, que separa, de um lado, autores que entendem suficiente para a formação de vínculo negocial que a ciência do silente seja acompanhada por sua paciência ou tolerância, e de outro os que entendem necessária ainda a coexistência de outras circunstâncias que confirmem sentido de aceitação ao silêncio.

A primeira subdivisão desse grupo pode ser representada por Ranelletti⁵⁰, cuja posição é a de que, encontrando-se diante de fatos relativos à sua esfera jurídica, em situação que seria fácil impedir tal fato ou manifestar oposição a ele, o homem médio não permaneceria inerte, pelo que nessa hipótese o silêncio produziria eficácia jurídica, fosse para renunciar a direito, fosse para constituir obrigação.

Sua posição tem caráter social e apresenta como fundamento a concepção de que o Direito, ao interpretar um ato, verificará se o sujeito tinha capacidade de querer e, em tendo, se pelo critério da normalidade daquela comunidade aquele ato seria um querer ou um não querer. Quanto maior a necessidade social do negócio ou da confiança gerada na outra parte, maior será a probabilidade de o Direito tomar aquele ato como manifestação de vontade, não a partir do indivíduo em concreto, mas como integrante de uma comunidade social e que como ela se expressa – o homem médio.

Para o autor, a vida em comunidade pressupõe um comportamento uniforme dos homens, de modo que aquele que deseje agir de forma diversa do padrão social tem a obrigação de declarar que sua vontade é diversa daquela que seria presumível.

⁵⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 48-51.

Diversamente de outros autores, distingue o silêncio circunstanciado do silêncio simples, estabelecendo que este só pode ser tomado como aceitação quando preexiste obrigação de falar que é descumprida, e aquele nas hipóteses em que as circunstâncias que o acompanham permitam considerá-lo como manifestação de vontade⁵¹.

René Demogue parte de uma posição utilitarista para construir sua posição quanto aos efeitos do silêncio. Para o autor, o silêncio poderá ser tomado como aceitação quando houver uma utilidade social que imponha o dever de falar, e mesmo diante dela, a pessoa permaneça em estado silente, ressaltando apenas as hipóteses em que for conhecida sua vontade em sentido contrário⁵².

Essa posição advém da máxima de que o homem que vive em sociedade submete-se a deveres em relação aos demais, dentre os quais o dever de falar. Se não fala, comete uma falta cuja consequência será que sua omissão será considerada com um determinado sentido volitivo, contra o qual não poderá se insurgir: “Si on garde le silence um temps assez prolongé on peut donc être traité comme ayant accepté”⁵³. Essa obrigação de falar, porém, não é geral, mas decorre dos usos consagrados pela prática, sobretudo nas relações comerciais.

O argumento utilitarista é novamente invocado pelo autor para justificar sua conclusão. Questiona Demogue, afinal, qual seria o propósito dos atos jurídicos? Por certo, o de satisfazer interesses públicos ou privados compatíveis com o interesse geral. Pode-se perfeitamente estabelecer, portanto, que tal interesse será realizado por meio do silêncio ou de um comunicado. Em ambas as hipóteses o propósito do ato pode ser atingido, pelo que não vislumbra obstáculo a considerar o silêncio como meio de manifestação de vontade⁵⁴.

⁵¹ Regelsberger assume ponto de vista semelhante, tomando o silêncio como consentimento quando acompanhado simultaneamente de um contexto que, de acordo com os usos e costumes, permita presumir que o silente tivesse ciência de naquelas circunstâncias teria um dever de falar, de acordo com a diligência média, e não o fazendo, estará manifestando sua anuência (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 48-52).

⁵² “Aussi la valeur donnée au silence est un pas vers la reconnaissance d’obligation légales. C’est tendre à dire qu’un certain état de fait se présentant, des obligation existent, cela étant conforme à l’utilité sociale et n’étant pas contraire aux volontés connues” (DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*. V. 1: Sources des obligations. Tome I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 300).

⁵³ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*. V. 1: Sources des obligations. Tome I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 302.

⁵⁴ Théoriquement nous ne voyons aucun obstacle à ce que le on tienne compte de la volonté non manifestée. En effet quel est le but des actes juridiques? C’est de satisfaire des intérêts privés ou publics jugés conformes à l’intérêt général. Ces intérêts, il peuvent être établis aussi bien par le silence que par une affirmation. Tout ce que le on peut dire c’est qu’ils ne existeraient pas s’il y avait une volonté contraire (DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*. V. 1: Sources des obligations. Tome I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 305-306).

Em conclusão, afirma que o silêncio pode ser interpretado como expressão positiva de vontade em todos os casos em que tal interpretação seja útil para uma pessoa e a outra não possa contra isso se insurgir de forma justificada, como na hipótese de ser conhecida sua vontade em sentido contrário ou de estar fisicamente impossibilitada de responder⁵⁵.

Por outra perspectiva, Georges Giorgi apresenta a categoria do “consentimento tácito”, da qual são espécies o consentimento tácito positivo, composto por atos que evidenciam uma manifestação tácita, e o consentimento tácito negativo, composto pelo silêncio mantido em circunstância em que seria necessário e possível manifestar o dissentimento. Este segundo se caracterizaria pelos elementos da possibilidade (*potuit*) e do dever (*debit*), que unidos resultam no consentimento.

O critério para ele é a existência ou não de uma obrigação de responder: um *potuit* e um *debit*. Esse dever se releva de forma distinta entre presentes e ausentes. Entre presentes, haveria somente a obrigação de responder naquilo que se refira a fatos, pois nesta hipótese uma eventual tolerância seria facilmente compreendida como consentimento. Seria a hipótese, por exemplo, do empreiteiro que, presente na obra, vê operários não contratados prestando os mesmos serviços que os contratados e nada faz. Entre ausentes, poderia haver o dever de responder quando assim forem os usos comerciais, cujo desenvolvimento levou a uma regulação própria⁵⁶.

A segunda subdivisão da corrente extensiva admite o silêncio como manifestação de vontade não só nas hipóteses legais, mas também quando as

⁵⁵ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*. V. 1: Sources des obligations. Tome I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 307.

⁵⁶ “Los hechos negativos se reducen al silencio guardado cuando fuere necesario y posible manifestar el disentiimiento. *Qui tacet non utique fatetur*, dice el texto romano en la L. 142, D., *de reg. iur.* (L. 17); mientras que, por el contrario, el texto canónico enseña: *qui tacet consentire videtur*. Los doctores que se preocuparon de conciliar tan opuestos principios, pronto comprendieron que uno y otro pecaban de absolutos y que la eficacia del silencio debía medirse con el mismo criterio mediante el cual se determina la eficacia de los hechos positivos, esto es, el principio de contradicción. Y analizando este criterio, resolvieron el problema diciendo: *qui tacet, loqui potuit et debuit, consentire videtur*. Dijeron *potuit* porque si el silencio no fue voluntario, sino forzado, sería absurdo considerarle acto de voluntad. Dijeron *debit*, porque si faltase la obligación de hablar, el silencio no sería incompatible con la voluntad contraria a la adhesión presunta y significaría que el supuesto consentidor no dice ni sí ni no. Lo importante se reduce a determinar en qué consiste esta obligación siendo cuestión de hecho respecto de la que se puede decir tan sólo, en vía abstracta y general, que no puede nacer nunca del mero árbitro del proponente, sino que debe fundarse en la costumbre o en la voluntad del presunto aceptante o en la naturaleza de hecho” (GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Volumen III: fuentes de las obligaciones – contratos. Traducida de la séptima edición italiana. 2ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1978, P. 181-182).

circunstâncias que o circundam permitam aferir o seu sentido. É a posição de Marcel Planiol e Georges Ripert:

Toute manifestation indirecte de volonté même positive, exige à défaut d'une constatation directe du juge, un raisonnement établissant l'incompatibilité de l'attitude du destinataire de l'offre avec l'hypothèse d'un refus ou d'une hésitation et la nécessité d'expliquer celle-ci par une acceptation. Mais on ne peut dénier toute valeur au silence quand celui-ci, rapproché d'autres circonstances souverainement appréciées par le juge du fait, lui permet, grâce à un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353, C. civ.) et, là où ce mode de preuve est admis, d'interpréter l'attitude du destinataire de l'offre comme une adhésion. C'est pourquoi, sans abandonner son principe, notre jurisprudence, approuvée par les auteurs, attribue exceptionnellement la valeur d'un acquiescement au silence *circonstancié*.⁵⁷

Na mesma linha é lição de Ludovico Barassi. De um lado, o autor diverge da posição de Ranelletti, Demogue e Giorgi por considerar que o descumprimento de um dever de falar não poderá nunca formar um contrato, mas apenas redundar em responsabilidade. De outro, amplia as hipóteses em que o silêncio pode ser considerado como manifestação de vontade ao assim admiti-lo em todas as hipóteses em que, pelas circunstâncias, o silêncio se revelar concludente⁵⁸.

As posições até aqui expostas evidenciam alguns dos marcos teóricos que serviram de substrato para a construção da doutrina brasileira de década de 1930 sobre o silêncio enquanto manifestação de vontade⁵⁹. Os citados marcos teóricos convergem ao

⁵⁷ PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Tome IV. Obligations. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 134-135).

⁵⁸ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. V. II: Le fonti. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1948, p. 117-125.

⁵⁹ Ainda que este capítulo tenha por objeto de análise as três monografias citadas, não há como tratar da doutrina brasileira da década de 1930 sem citar Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916. Tão grande sua relevância para o Direito que fora incluído no “dicionário dos maiores juristas da humanidade de todos os tempos”, dirigido pelo jus-historiador alemão Michael Stolleis, ao lado de figuras como Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda, aquele anterior à temporalidade demarcada nesse capítulo, e este posterior (cf. LÔBO, Paulo. Interpretação e protagonismo da doutrina juscivilista no Brasil – Escorço. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 349). Em seu Direito das Obrigações, obra cuja 5ª edição data de 1940, Clóvis Beviláqua aponta que nos contratos o consentimento pode ser expresso ou tácito. Será expresso quando manifestado por escrito, verbalmente ou por outros sinais inequívocos, e tácito quando for induzido a partir de atos ou fatos, ações ou omissões, que apenas se realizam em virtude da anuência de quem os pratica. Na manifestação tácita, abre uma nota de rodapé para consignar que é ela uma das formas pelas quais se manifesta a eficácia do silêncio na formação dos contratos, de onde se extrai aceitar o autor que o silêncio faz parte da manifestação tácita, mas a ela não se limita. Cita que o assunto há muito vem sendo estudado, e que o princípio aceitável é que o silêncio pode gerar obrigações nos casos previstos em lei e naqueles em que o indivíduo que poderia recusar a formação do contrato não o faz, como nos contratos de adesão. Para além do campo contratual, entende que o silêncio também produz efeitos nas searas do Direito de Família e das Sucessões (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 167-168).

reconhecer que o contrato pode se formar a partir da manifestação tácita e até mesmo pelo silêncio, quando a lei assim o estabelece. A partir deste ponto, porém, apresentam grande divergência em relação a extensão que se pode admitir o silêncio como manifestação de vontade e também sobre quais seriam os critérios pelos quais o interprete poderá analisar se determinado silêncio é ou não manifestação de vontade.

A partir delas é possível verificar ainda um apego ao dogma da vontade, típico do pensamento moderno, e em outras, alguns traços que indicam a travessia para a contemporaneidade, como por exemplo, as concepções sociais apresentadas por Ranelletti e Demogue, voltadas mais à proteção do *alter* do que a do indivíduo, o que restará mais claramente demonstrado no segundo capítulo.

1.4. O *LOCUS* DO SILÊNCIO NAS TEORIAS MODERNAS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Ainda que as três obras que constituem o objeto de estudo deste primeiro capítulo não tenham se debruçado especificamente sobre a relação entre as diferentes teorias do negócio jurídico e suas relações com o *locus* do silêncio, é necessário reconhecer que por trás das conclusões doutrinárias sobre o tema do silêncio há concepções diversas sobre o negócio jurídico e que inexoravelmente refletem-se naquelas.

Mesmo que as teorias sobre o negócio jurídico, sobretudo a clássica disputa entre a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), sejam rapidamente citadas nas obras da década de 1930, a correlação feita entre tais teorias e os efeitos do silêncio deu-se de forma bastante tímida, em certo ponto tomando-a até mesmo por irrelevante ao tema⁶⁰.

Não é possível, no entanto, compreender a questão do silêncio sem analisar as teorias do negócio jurídico em suas diversas configurações, eis que representam a seara

⁶⁰ Serpa Lopes chega a afirmar que nenhuma dessas teorias é relevante para encontrar o *locus* do silêncio no Direito Civil, eis que a ele não opõe qualquer obstáculo. Prefere o autor, assim, tratar da questão apenas sob o ponto de vista da teoria do *affidamento*, por ele considerada a que confere melhor acolhimento ao silêncio (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1961, p. 149-150). Martins Rodrigues, emprestando maior relevância a essas teorias, parte delas para demonstrar a necessidade de se adotar uma posição intermediária que reconheça a vontade como elemento jurígeno do negócio jurídico, mas também a imprescindibilidade de sua exteriorização, através de uma manifestação. É tal pressuposto que permitirá ao autor tomar o silêncio como uma forma de manifestar a vontade, servindo como elemento apto a deflagrar um vínculo obrigacional (MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54-67).

com maior aptidão e obstáculos ao silêncio como fato jurídico. Talvez seja justamente a complexidade das teorias sobre o negócio jurídico que empreste ao estudo do silêncio as incertezas que lhe são próprias, de modo que contorná-las em muito reduziria o labor da pesquisa, mas igualmente retiraria base relevante para a compreensão e problematização do tema.

Afirmar que o silêncio só será agasalhado por uma ou por outra teoria é um redutor de complexidade que acaba por negar o espaço do silêncio como fato jurídico, ainda que cada uma das teorias forneça diferentes possibilidades para sua apreensão e respectivos requisitos e efeitos.

Inobstante tal pressuposto, não se pode traçar relação necessária entre a vertente da teoria do negócio jurídico adotada por cada autor e suas conclusões sobre o silêncio. À guisa de exemplo, Savigny, que fora o expoente da teoria da vontade, encabeça também a corrente daqueles que admitem o silêncio como manifestação de vontade apenas quando a lei o determina, ao passo que Windscheid e Dernburg, igualmente adeptos da teoria da vontade, admitem também a aplicação analógica das hipóteses legais, sempre que as circunstâncias do caso concreto assim permitirem⁶¹.

De outro lado, infirmar a relação de causalidade necessária entre a concepção sobre o negócio jurídico e o *locus* conferido ao silêncio não implica dizer que entre eles não há relação alguma. Demogue⁶² e Serpa Lopes valem-se justamente da concepção “social” do negócio jurídico e do princípio da confiança para justificar os efeitos derivados do silêncio, transparecendo as implicações entre a adoção da teoria de declaração/confiança e suas conclusões sobre o silêncio.

Cumprido dar o próximo passo, e compreender quais os caminhos e os obstáculos que as principais teorias do negócio jurídico colocam ao reconhecimento do silêncio como fato jurídico. Para tanto, propõe-se a exposição sumária⁶³ das principais teorias do negócio jurídico formuladas na modernidade, apresentando suas formulações

⁶¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961, p. 37 e 57-58.

⁶² DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*. V. 1: Sources des obligations. Tome I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 304-308.

⁶³ A exposição que será levada a efeito não tem por finalidade apresentar ou resumir cada uma das teorias do negócio jurídico, senão naquilo que interessam ao tema da presente dissertação. Por isso, ficarão restritas às concepções e aos elementos que de algum modo se mostrem relevantes para a apreensão do silêncio, deixando de fora todos os demais elementos e suas complexidades. Como se verá, na maior parte das teorias o campo *por excelência* para a análise do silêncio é o plano da existência, notadamente se o silêncio é ou não capaz de exteriorizar a vontade e se dele pode ser apreendido o sentido desta. Por tal razão, na maior parte dos casos os planos da validade e da eficácia serão apresentados em segundo plano, ou mesmo omitidos.

e as consequências de sua adoção para a interpretação do silêncio, ressaltando, mais uma vez, que cada uma é fruto de uma temporalidade diferente e que, no mais das vezes, não se confrontam pela soberania teórica em um mesmo momento histórico. Cada uma parte de circunstâncias culturais, sociais e econômicas diversas, galgando os próprios méritos e críticas.

Neste capítulo, cuja temporalidade se limita à modernidade, serão apresentadas as teorias da vontade, da *culpa in contrahendo*, da responsabilidade, e finalmente da declaração e da confiança, problematizando em cada qual as possibilidades e obstáculos inerentes a juridicização do silêncio.

1.4.1. O negócio jurídico da teoria da vontade

Como categoria, o negócio jurídico é relativamente novo no Direito Civil. Desenvolvido no século XVIII e aperfeiçoado sobretudo pela escola pandectista alemã durante o século XIX⁶⁴, sua estrutura fora constituída basicamente por três elementos essenciais: a vontade, a declaração e a finalidade de produção de efeitos jurídicos⁶⁵.

Tal figura claramente reflete os anseios de sua época, de modo que, pela própria temporalidade em que foi desenvolvida, apresentava-se inicialmente lapidada pelo rigorismo conceitual de seus elementos e pelo voluntarismo moderno. Não por acaso, tão logo teve início a disputa de preponderância entre os dois elementos essenciais do negócio jurídico, quais sejam a vontade e a declaração, sobreveio a teoria da vontade (*Willenstheorie*), cujo mais destacado autor fora Savigny, sobrepondo o primeiro elemento face ao segundo⁶⁶.

⁶⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.225. Consigne-se que ao apontar o negócio jurídico como construção jurídica do século XVIII está a se referir a figura jurídica em sentido técnico por ele designada, com os respectivos elementos, e não propriamente a função por ele desempenhada, cuja origem pode ser traçada, com alguma flexibilidade, desde o *negotium* romano, cf. CASTRO Jr., Torquato. *Negócio jurídico*. In: *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 565-566. No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA, ao consignar que “o direito romano não alcançara usar o conceito unitário de negócio jurídico. Continuou no pluralismo empírico, a que correspondia as expressões *negotium*, *gestum*, *factum*, *actum*, *contractum*. Foi a linguagem jurídica alemã que o adotou, seguida pela crítica histórica e doutrinal (*Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Consta (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 168).

⁶⁵ São também elementos extrínsecos ao negócio jurídico o agente, enquanto elemento necessário de toda a categoria dos atos jurídicos, da qual faz parte o negócio, o tempo e o lugar.

⁶⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 249; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da Relação Jurídica*. V. II: *facto* jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 2003, p. 155; MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 19; LÔBO, Paulo. *Direito*

A teoria da vontade de Savigny foi construída sob forte inspiração ético-filosófica kantiana, vendo na vontade o modo de realização da autonomia ética do sujeito. O elemento ético por ela adotado serve de limite para a realização da autonomia de cada um, notadamente ao reconhecer que a liberdade do indivíduo é limitada pela liberdade do outro. Não era, portanto, uma teoria propriamente individualista, ainda que voluntarista.

Estruturalmente, concebia o negócio jurídico como a declaração privada de vontade voltada à produção de efeitos jurídicos, composto, portanto, pelos elementos a) vontade, b) declaração e c) finalidade de produzir efeitos jurídicos. Ainda que os três elementos lhe sejam essenciais, destaca que o núcleo do negócio jurídico está na vontade⁶⁷, constituindo a declaração tão somente o elemento que lhe daria cognoscibilidade. Desse modo, havendo divergência entre vontade e declaração, o negócio jurídico deveria ser interpretado de acordo com aquela, buscando-se nela o sentido que o autor imprimiu ao negócio.

Para além de uma vontade de formação do negócio jurídico, exigia-se ainda a vontade “dirigida à produção de determinados e precisos efeitos jurídicos”, admitindo-se que “os próprios efeitos derivados de normas supletivas resultariam da tácita vontade das partes”⁶⁸. Tamanha relevância atribuída a vontade que sua ausência ou defeito não tornaria o negócio meramente anulável, mas já nulo⁶⁹.

A teoria da vontade ganhou nova roupagem a partir da obra de Zitelmann, que, influenciado pela cientificidade do positivismo, deixou a influência ético-filosófica

civil: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.225; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 93.

⁶⁷ Paulo da Mota Pinto destaca as palavras de Savigny para afastar quaisquer dúvidas a esse respeito: “na verdade a vontade em si mesma tem de ser pensada como a única coisa importante e eficaz, e só porque ela é um acontecimento interno, invisível, é que necessitamos de um sinal no qual ela possa ser reconhecida pelos outros, sendo este sinal, pelo qual a vontade se revela, justamente a declaração” (MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 20).

⁶⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 380.

⁶⁹ A conclusão pela nulidade é própria de Savigny e decorre do estágio de desenvolvimento do processo de sistematização das categorias abstratas pela pandectística alemã. Savigny, ainda que tenha sido o criador da categoria da Ungültigkeit, tomava-a como a negação da eficácia, nela situando tanto a nulidade como a anulabilidade, de modo que não distinguia entre o plano da validade e o da eficácia. O autor também o negócio jurídico nulo como inexistente, não distinguindo, portanto, entre validade e existência (PETER-SCHMIDT, Jan. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan. / abr. 2014). Adotando-se a teoria do fato jurídico desenvolvida no Brasil por Pontes de Miranda, a ausência da vontade não implicaria nulidade, mas inexistência, ao passo que o defeito encontraria agasalho no plano da validade, viabilizando a nulidade ou anulabilidade, a depender da gravidade atribuída a tal vício pelo legislador.

kantiana em segundo plano para adotar uma metodologia de investigação psicológico-científica da vontade. Em tal dimensão, a vontade passa a ser analisada efetivamente como um aspecto psicológico, mais especificamente como o elemento interno ao sujeito que deflagra o seu processo de ação, concepção que viria a dominar o panorama doutrinário do final do século XIX⁷⁰.

Em decorrência da preponderância da vontade, considerada então como elemento interno que deflagra o negócio jurídico e seus efeitos, evidencia-se que a interpretação do negócio jurídico pela teoria da vontade confere excessiva tutela ao declarante em detrimento de qualquer interesse do declaratário ou do próprio tráfico jurídico, já que a vontade psicologicamente considerada é invisível ao *alter* e a terceiros. Nessa estrutura, à declaração resta apenas uma função auxiliar e subordinada à vontade, servindo justamente para dar-lhe a necessária visibilidade externa.

Ainda que com variações, a teoria da vontade teve grande adesão nos sistemas romano-germânicos⁷¹, não só no século XIX como também no século XX. Giuseppe Stolfi, em obra de 1959, define o negócio jurídico como “a manifestação de vontade de uma ou mais partes visando a produção de um efeito jurídico”. Decantando o conceito, esclarece que a vontade jurídica não pode ser tomada como mero elemento psicológico, como um desejo, eis que o direito exige mais do que isso. Exige um propósito firme e maduro de provocar uma modificação em seus próprios direitos subjetivos e, se for o caso, no de outros. Elegendo tal vontade como verdadeira fonte desencadeadora de efeitos jurídicos, comunga da concepção que toma a declaração como elemento secundário do negócio jurídico⁷².

Entre nós, Clóvis Beviláqua fora partidário da teoria da vontade, tomando tal elemento como a essência do ato jurídico e, como tal, fonte irradiadora de sua eficácia⁷³,

⁷⁰ MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 22-23.

⁷¹ Eram também adeptos da teoria da vontade Windscheid, Dernburg, Unger, Oertmann, e Enneccerus, mostrando-se portanto fruto do ideário de seu tempo, da modernidade, não se limitando apenas à Alemanha: “A exaltação da vontade em face da realidade exterior tem na declaração aparecia, portanto, nesta época sobretudo como resultado de postulados *culturais e econômicos* – o psicologismo, o liberalismo, etc. – que não eram específicos da teoria germânica do negócio jurídico e que se verificavam igualmente noutras ordens jurídicas” (MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 24).

⁷² “Y desde su punto de vista la manifestación por sí sola no vale nada, ya que no interesa si alguien ha dicho o hecho tal cosa, sino si lo ha hecho o dicho voluntariamente, es decir, para actuar un propósito suyo” (STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959, p. 5).

⁷³ “A vontade manifesta-se por sinais ou símbolos, entre os quais ocupam lugar proeminente as palavras. Êsses sinais ou palavras podem não traduzir, fielmente, o que o agente quer exprimir. A lei, por isso, manda atender, de preferência, à intenção, desde que haja elementos para determiná-la, for da expressão

tal como José Abreu Filho, para quem a declaração depende de sua correlação com a intenção do agente⁷⁴.

Dentre as teorias do negócio jurídico, essa é a que maiores obstáculos coloca ao reconhecimento do silêncio como ato apto a deflagrar relação jurídica. Isso porque, no mais das vezes, não se admite que a vontade possa ser manifestada pelo silêncio⁷⁵, e ainda que tal hipótese seja admitida, como o faz Clóvis Beviláqua, dificilmente a relação jurídica sobreviveria a eventual impugnação de sua existência ou validade.

Sob tal teoria, para desvincular-se de um negócio jurídico, bastaria ao oblato impugná-lo sob o argumento que não houve tal vontade, o que resultaria na inexistência do negócio, ou que era outra a sua vontade ou os efeitos por ela desejados, implicando invalidade do negócio⁷⁶.

Qualquer tentativa de demonstrar o contrário seria verdadeira *diabólica probatio*, notadamente pela dificuldade de se demonstrar a real vontade do oblato, eis que concebida como um elemento psicológico. Por certo que existiria a possibilidade de extrair o conteúdo da vontade manifestada pelo silêncio a partir de outros fatos ou circunstâncias que o acompanhem, mas se a teoria em tela deixa até mesmo a declaração, ato de exteriorização por excelência, em segundo plano, não seria coerente pressupor que outros elementos de exteriorização, mais frágeis (por permitirem apenas uma presunção), seriam capazes de prevalecer sobre o elemento subjetivo.

verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente. Êste preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Afirma que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela, quando manifestada de acordo com a lei, que o direito dá eficácia” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. 1. 12ª ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1940, p. 265-266).

⁷⁴ “A nós nos parece que a teoria da vontade deve merecer as preferências, porque nos convence a colocação dos prosélitos desta teoria ao pregarem a necessidade de uma harmonia entre o ato declarativo e a intenção. A declaração, para validar-se juridicamente, deve sintonizar-se com o querer interno, isto é, com a intenção do agente” (ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 58).

⁷⁵ É a posição de Stolfi, para quem “si la voluntad ha de manifestarse por lo menos en forma de afirmación o de negación, es obvio que falta el consentimiento si el interesado no dice nada, en cuando ello implica que el negocio no puede decirse formado precisamente por falta de voluntad” (STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959, p. 209). Comungam da mesma opinião, dentre outros, Bonfante, Baudry Lacantinerie e Barde, cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961, p. 40-43.

⁷⁶ Emilio Betti dirige acertada crítica nesse sentido, ao afirmar que a teoria da vontade “fez crer, em suma, que o indivíduo continua a ser o senhor da sua declaração emitida ou de comportamento tido (como, efetivamente, fica senhor da sua própria vontade, que é sua), mesmo depois de dela estar desapossado e separado. E assim leva a pensar que poderá invocar uma intenção diferente, demonstrável *aliunde* ainda que não tenha sido tornada manifesta com clareza, ou reconhecível por inteiro e com a devida univocidade” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 98).

“Essa teoria não resistiria, contudo, aos processos de crítica que lhe iriam ser justamente movidos. As soluções que propugnava implicavam uma desvalorização excessiva dos interesses do declaratório e do tráfico jurídico⁷⁷”. Seu viés nitidamente individualista não poderia escapar ao processo de transição do ideário liberal para o social, em que o foco passa da individualidade para a coexistencialidade.

A necessidade de segurança no comércio jurídico decorrente da evolução da estrutura econômica, sobretudo pelo processo de industrialização, e no campo social, o reconhecimento de que o indivíduo em sociedade tem deveres para com o *alter*, impregnam a teoria do negócio jurídico com valores sociais e críticas voltadas à proteção de terceiros, fazendo-se salutar um novo modelo jurídico para o negócio.

De qualquer sorte, a supremacia conferida por tal teoria ao elemento da vontade permite compreender que por trás das conclusões de autores modernos que não admitem o silêncio como fato apto a formar um contrato, há uma visão de negócio jurídico norteadas à proteção da liberdade contratual e do dogma da autonomia da vontade, de modo que em hipóteses em que não seja absolutamente certa a vontade e o desejo individual de se obrigar, como comumente ocorre nos casos envolvendo o silêncio, preferem negar a formação de uma relação obrigacional.

1.4.2. O negócio jurídico da teoria da *culpa in contrahendo*

A mais sutil reação à teoria da vontade não se deu propriamente contra a sobrevaloração da vontade, limitando-se a temperá-la com a imputação de certa responsabilidade ao declarante pela convergência entre a vontade subjetiva e a exteriorizada.

Trata-se da teoria da *culpa in contrahendo*, formulada originalmente por Rudolf Von Ihering, segundo a qual a autonomia privada do sujeito não permite que lhe seja constituída uma relação jurídico-obrigacional contrária à sua vontade, já que esta é o núcleo essencial do negócio jurídico. A falta ou deficiência da vontade, portanto, não poderia dar azo à formação ou manutenção da relação obrigacional.

Porém, visando a tutelar igualmente o interesse contratual negativo do declaratório, a teoria admite que nas hipóteses em que o declarante teve culpa ou dolo na invalidação do negócio jurídico, justamente em razão da apontada divergência entre

⁷⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 23.

vontade declarada e exteriorizada, terá o dever de indenizar o declaratário nos prejuízos que teve em razão da invalidação⁷⁸. Cumpre ao declarante, portanto, recompor a situação jurídico-patrimonial que o declaratário desfrutava antes da conclusão do negócio⁷⁹.

Pontes de Miranda afasta-se dessa concepção estribada na *culpa*, antevendo que a aplicação da teoria da *culpa in contrahendo* não depende de culpa ou dolo do agente. Cita o autor que o requisito subjetivo levaria a absurda hipótese de o oferente morrer antes da aceitação da oferta, e aos seus herdeiros ser imputado o dever de indenizar, fundado em culpa. Tal hipótese teria levado o próprio Von Ihering a distanciar-se da exigência de dolo ou culpa em obra posterior⁸⁰, tese que viria a ser acolhida pelo Código Civil alemão⁸¹.

Para Pontes de Miranda, a hipótese, que pode derivar tanto do pedido de anulação do negócio jurídico (unilateral) pelo declarante em razão de erro quanto de declaração não séria⁸², não se funda em culpa, nem mesmo em ato ilícito. Trata-se em verdade de hipótese de responsabilidade por ato lícito, eis que não há ilicitude no ato de errar. Não tendo qualquer das partes agido com culpa, impõe a equidade que a responsabilidade recaia sobre aquele que deu causa ao ato.

Essa teoria, no formato inicialmente desenhado por Ihering, abre espaço para a recepção do silêncio não como ato jurídico lícito, como manifestação de vontade, presumida ou não, mas como ato ilícito indenizativo.

Implicitamente, a teoria perfilha a incidência de um dever de não causar danos⁸³, cujo descumprimento impõe ao causador o dever de reparação, desde que tenha

⁷⁸ Essa foi a dimensão da teoria captada pelo art. 26 do código suíço das obrigações, que submete a responsabilidade à negligência do declarante: “A party acting in error and invoking that error to repudiate a contract is liable for any loss or damage arising from the nullity of the agreement where the error is attributable to his own negligence, unless the other party knew or should have known of the error”.

⁷⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 463.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 160-168.

⁸¹ “§122: Liability in damages of the person declaring avoidance. (1) If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration”.

⁸² Sob as lentes do Direito contemporâneo, a hipótese de declaração não seria remeteria à inexistência do negócio jurídico, e não a sua invalidade. Ainda assim, optou-se por manter no texto a referência à anulabilidade por representar a resposta cogitada naquela temporalidade.

⁸³ Não é inexorável a conclusão de que tal dever derive do *neminem laedere*, próprio do campo da responsabilidade civil extracontratual. A acepção da relação contratual em sentido dinâmico, ou como

agido com culpa ou dolo. Há hipóteses, no entanto, em que a divergência não pode ser atribuída ao declarante, *e. g.*, quando originária da diversidade entre os significados atribuídos a determinados vocábulos em diferentes espacialidades. Em tais casos, não se constituiria o dever de reparar.

Em síntese, para constituir ato ilícito indenizativo o silêncio teria de ser igualmente culposo ou doloso, tendo como efeito deflagrar tão somente uma relação jurídica cujo objeto é o dever de reparar, e não propriamente a relação jurídico contratual na forma como exteriorizada. O declarante ainda poderá evocar a divergência entre sua vontade e aquela que se pode inferir a partir da declaração objetivamente considerada para desfazer o vínculo negocial, mas restando demonstrado que a declaração por ele formulada possui um significado social diverso do sentido subjetivo que pretendia exteriorizar, poderá o declarante sofrer uma censura jurídica.

É a teoria que subjaz as posições de Sraffa e Vivante sobre os efeitos do silêncio no campo contratual⁸⁴. Sraffa sustenta que o contrato não pode surgir da culpa, mas unicamente do consentimento, de modo que aquela deflagraria apenas um dever de indenizar. Vivante, igualmente consignando que a culpa sem vontade não pode redundar no nascimento de um contrato, admite o dever de reparação quando for fraudulento ou culposo o silêncio daquele a quem a oferta é dirigida.

De outro lado, acaso adotada a teoria da *culpa in contrahendo* na acepção dada por Pontes de Miranda, o dever de reparar não dependeria de uma ilicitude, de modo que o silêncio, quando apreendido em sentido comum desconforme com a vontade do silente, seria ato lícito capaz de deflagrar o dever de reparar.

1.4.3. O negócio jurídico da teoria da responsabilidade

Sucessivamente ao temperamento da teoria da vontade realizado pela *culpa in contrahendo*, críticas mais severas dirigidas àquela lograram corroer suas bases de sustentação. Seus opositores fizeram desacomodar o paradigma do individualismo e o

processo, permite incluir também nas relações jurídicas contratuais deveres implícitos (ou laterais) como o ora em análise, permanecendo-se no campo da responsabilidade contratual. Tal constatação evidencia que cada vez mais perde espaço a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, como há muito já vêm alertando a doutrina. Sobre o tema, remete-se a LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. *In*: NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade Civil*. Vol. I. Teoria Geral. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

⁸⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1961, p. 38 e 41-42.

dogma da vontade para uma concepção solidarista de negócio jurídico e para a primazia da confiança sobre a vontade.

Nessa perspectiva, a primeira corrente a considerar a teoria da *culpa in contrahendo* insuficiente para a tutela da confiança foi a teoria da responsabilidade. Essa teoria, de um lado, conserva de sua antecedente o reconhecimento de que é necessária uma resposta jurídica ao declarante em razão da aparência de vontade culposa ou dolosamente por ele exteriorizada a terceiros, mas de outro dela diverge ao verificar que a consequência indenizatória não satisfaz a legítima confiança do declaratório, preferindo então juridicizar a exteriorização defeituosa de vontade como válida e eficaz, como se a vontade do declaratório tivesse o sentido aparente⁸⁵.

Tomando o negócio jurídico como instrumento para a realização da autonomia privada, a teoria afirma que exercício do poder de autorregulamentação que o Direito confere aos sujeitos em sua esfera privada deve se desenvolver acompanhado da autorresponsabilidade. Nessa configuração, a autonomia privada, tal como Janus, apresenta-se por duas faces: de um lado a autorregulamentação, de outro a autorresponsabilidade, não podendo uma se desvincular da outra.

Ao exercer a liberdade de autorregulamentação, notadamente pela exteriorização de uma vontade voltada à formação de um negócio jurídico, o indivíduo vincula-se a esse exercício, não podendo insurgir-se contra ele, seja por defeito de vontade ou por conceber a declaração com outro sentido que não o por ele exteriorizado, objetivamente considerado. Por tal razão, admite-se a responsabilização do declarante, tal como a teoria da *culpa in contrahendo*, mas com outra consequência: a imputação da validade e eficácia da relação jurídica aparente⁸⁶.

Nesse ponto, a teoria da responsabilidade constitui o embrião das teorias objetivas do negócio jurídico, notadamente por conferir ao negócio jurídico o sentido objetivamente inferido da declaração. No entanto, a teoria constitui espécie singular do gênero das teorias objetivas ao atuar não em direção ao declaratório, mas ao próprio declarante.

Dela percebe-se que a relação jurídica não se forma tanto como uma forma de proteção ao declaratório e ao tráfico jurídico senão como uma responsabilização, quase sancionatória, ao próprio declarante. Responsabilidade essa que decorre do exercício da

⁸⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 463.

⁸⁶ MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31-33.

autonomia privada pelo próprio declarante, e não tanto da proteção da confiança do declaratório⁸⁷.

Corroborar tal conclusão a teoria da responsabilidade exigir, como requisito para a formação do vínculo negocial, que o declarante tenha agido com culpa ou dolo ao enunciar uma vontade objetivamente desconforme⁸⁸. Fosse o vértice de atuação a proteção da confiança, de um lado bastaria a criação de legítima expectativa em terceiros para a imputação da relação jurídica, e de outro não seria a ausência de culpa critério suficiente para afastar a tutela da confiança.

A teoria ora apresentada pode encampar as situações em que o silêncio é objetivamente tomado com o sentido de aceitação, de modo que, se o oblato, no exercício de sua autonomia, opta por permanecer silente face a uma oferta, responderá por tal inação com a imputação dos efeitos próprios da relação jurídica que seu silêncio aparentou ter. Não se trata propriamente de tomar o silêncio como formador de negócio jurídico, já que este, por sua natureza, é um ato lícito. Na citada hipótese o silêncio teria ainda a natureza de ato ilícito, notadamente pelo descumprimento de um dever de responsabilidade, ao qual a norma jurídica atribui os mesmos efeitos que ele acaso objetivamente considerado.

Ilustrativamente, em uma negociação entre partes que usualmente não exigem a aceitação da oferta, e assim tomam o próprio silêncio como aceitação, ou no caso do comerciante cujo ramo de atuação é convergente com o pedido que lhe é dirigido, a teoria não ampara propriamente a formação do negócio jurídico pelo silêncio caso este não corresponda a vontade real do oblato. Verificando que ao permanecer calado o silente descumpriu um dever de responsabilidade, a teoria não toma seu silêncio como aceitação (negócio jurídico unilateral), mas como ato ilícito cujos efeitos serão os

⁸⁷ Similar deslocamento do vértice de atuação e da objetivação ocorreu no campo da responsabilidade civil. Historicamente marcada por um viés sancionatório que tomava a *culpa* como elemento subjetivo do agente que constitui o elemento cerne da configuração do dever de indenizar, a responsabilidade civil progressivamente passa a admitir hipóteses de culpa presumida ou mesmo de responsabilidade sem culpa, evidenciando o fenômeno da objetivação da responsabilidade civil. Esse processo de objetivação se fez acompanhar igualmente da mudança do paradigma de atuação eminentemente sancionatório, e nesse viés dirigido ao autor do dano, para um agir voltado sobretudo à reparação integral do dano, nitidamente dirigido à vítima, levando a responsabilidade civil a um modelo de responsabilidade por danos. Para maior detalhamento, remete-se a SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56-68.

⁸⁸ Antônio Junqueira de Azevedo apresenta interessante reflexão sobre a teoria da responsabilidade ao mostrar que, regra geral, toma o negócio fruto de divergência entre vontade e declaração como nulo, porém, caso a divergência se dê por culpa do declarante, a ele se imputa a validade e eficácia do negócio, concluindo o autor que “a culpa do agente, portanto, convalida seu próprio ato!” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87).

mesmos que teria a regular aceitação, desde que, frise-se, tenha o oblato agido de forma culposa ou dolosa.

A teoria da responsabilidade oferece o instrumental teórico para sustentar a posição de Ranelletti, exposta por Serpa Lopes, sobre o silêncio. Consigna o jurista italiano que o Direito normalmente não toma em consideração a vontade interna do agente, mas o ato tal como ele se apresenta e do modo como é interpretado pela maioria dos homens. Desse modo, se em dadas circunstâncias o silêncio de uma das partes é usualmente tomado como aceitação, terá ela o dever de relevar sua vontade em sentido diverso. Se podendo e devendo se manifestar de forma contrária, não o faz, deverá suportar a relação jurídica derivada de sua inércia.

Posição próxima é a de Regelberger e Dernburg, que para tomar o silêncio como aceitação, exigem o concurso de duas circunstâncias: a) a posição dos interessados deve exprimir uma crença suficiente de que o silêncio representa anuência, e b) a parte que se cala deve ter ciência de que as circunstâncias em que se encontra farão presumir sua aceitação a partir do silêncio, de modo que, caso pretenda dissentir, deverá responder de forma negativa⁸⁹.

Do exposto extrai-se que a teoria da responsabilidade deu o primeiro passo no progressivo desenvolvimento do processo de objetivação do sentido da declaração, ainda que apresente-se atrelada a vontade real do agente, a requisitos subjetivos (culpa ou dolo) e a uma funcionalidade sancionatória que discrepa da base geral das teorias objetivas.

1.4.4. O negócio jurídico das teorias da declaração e da confiança

A teoria da declaração (*Erklärungstheorie*) inaugura uma série de teorias objetivistas, ao partir do pressuposto de que a vontade, como elemento interno, é socialmente inapreensível e incompreensível, de modo que não pode ocupar o núcleo do negócio jurídico. Apenas na medida em que a vontade é apreensível no ambiente social, e portanto, cognoscível por meio de declarações, poderá tornar-se fato social capaz de ser interpretado e de constituir instrumento da autonomia privada⁹⁰.

⁸⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1961, p. 48-52.

⁹⁰ “Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração por parte dos consorciados. (...) O mal está em que a palavra ‘vontade’ tem vários sentidos, e ora significa o objeto do

Tal concepção fundamenta-se no reconhecimento da confiança como um princípio jurídico merecedor de tutela, fundamento este que viria sequencialmente a desenvolver a própria teoria sob o signo de teoria da confiança. Sob suas lentes, a vontade é captada pelo sentido que lhe é dado pela declaração, nomeadamente pelo sentido em que poderia ser (e foi) captada pelo declaratário e com base no qual este construiu sua legítima confiança nos propósitos do declarante.

A mudança de paradigma não se dá, portanto, pela preferência do declaratário em detrimento do declarante, mas em razão da confiança construída com base na declaração, em seu sentido socialmente aceito. É esse o significado da declaração que informa o sentido do negócio jurídico e justifica a proteção do declaratário, de terceiros, e do próprio tráfico jurídico.

Também se sentem os efeitos da transição na relação entre a vontade exteriorizada e os efeitos do negócio jurídico. Progressivamente perde espaço nas teorias do negócio jurídico a concepção, típica dos autores voluntaristas, de que as partes externam uma vontade dirigida a “determinados e precisos” efeitos jurídicos do ato. As críticas opostas a tal percepção iniciam pela ideia de que, objetivando-se a vontade de formação do negócio a partir da declaração, objetiva-se também os efeitos que com ele se pretende. A necessária cognoscibilidade do querer o negócio estende-se também ao objeto desse querer, nomeadamente aos efeitos desejados. Estariam na declaração, portanto, tanto a vontade de formação quanto de efeitos.

A segunda crítica diz com um pressuposto lógico. A vontade de efeitos jurídicos precisos implica supor que as partes tenham conhecimento jurídico suficiente para tanto, conhecendo a fundo o Direito, de maneira que “só os juristas completamente informados sobre o ordenamento poderiam celebrar negócios jurídicos”, o que levou parte da doutrina a sustentar que o negócio jurídico tem por finalidade a consecução de efeitos práticos (econômicos ou sociais) ou prático-jurídicos (os efeitos jurídicos primários de cada ato)⁹¹.

querer, o querido (só, porém, na normalidade dos casos, o que se declara é o que quer), ou ainda o conteúdo do querer, o escopo pretendido (o qual, em princípio, só nos casos normais coincide com a causa do negócio jurídico); ora, pelo contrário, significa a faculdade, ou a atividade do querer, como fato psíquico interno, que, na sua realidade integral, é estranho ao negócio e não se torna socialmente reconhecível. E, por isso, é inevitável que a todo o momento se estabeleça confusão entre a vontade entendida como objeto, ou como conteúdo do querer” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 89 e 95).

⁹¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 380-381.

Estribado em tais premissas, o sentido do negócio jurídico passa então a determinar-se pela declaração, corresponda ela ou não a vontade interna de quem a exteriorizou. O sentido do negócio abandona a ambiência interna do sujeito para tomar corpo a partir de seu comportamento objetivo, por meio do qual autorregulamenta seus próprios interesses. Para essa teoria, a interpretação do negócio jurídico se dá não pela intenção de seu ou seus agentes, mas pelo sentido perceptível pela declaração que lhe deu vida⁹².

A teoria da declaração também difere da teoria voluntarista, ou subjetivista, ao conferir à declaração uma função que não propriamente a de evidenciar o elemento volitivo. Regelsberger toma a declaração de vontade não como a forma de exteriorização desta, como elemento de cognoscibilidade, mas como verdadeiro elemento da hipótese fática, do descritor normativo do negócio jurídico, a *tatbestand* para os alemães ou *fattispecie* para os italianos⁹³.

Basta a declaração para que haja a incidência da norma jurídica e a consequente juridicização do fato declarativo como negócio jurídico, tornando-se a vontade o *querer* desencadeador da declaração ou do comportamento objetivo, no sentido por eles explicitado. Nestes termos, só se admite a invocação da falta de vontade ou de divergência entre ela e a declaração se outros elementos igualmente objetivos pudessem evidenciar a divergência entre a vontade e a declaração.

Dispensando o elemento psicológico do declarante para se apreender o sentido negocial, ampliou-se significativamente o campo de vinculação jurídico negocial. Basta a existência de elementos objetivos exteriores ao sujeito aos quais se pudesse conferir um sentido negocial para conceber-se o negócio jurídico. “Declaração e tutela da confiança – na qual ia normalmente incluída a tutela dos interesses do tráfico jurídico – representavam, portanto, os pontos fundamentais da doutrina que se opôs à teoria da vontade”⁹⁴.

Declaração, neste contexto, é continente cujo conteúdo não se restringe à forma de manifestação direta, de sentido incontroverso. Seu significado é mais amplo, e abrange todo o comportamento pelo qual se possa extrair um sentido de acordo com o

⁹² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

⁹³ MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 28.

⁹⁴ MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 30.

ponto de vista do tráfico jurídico⁹⁵. Também o significante vontade não mantém o mesmo conteúdo. Enquanto a teoria da vontade busca a vontade concreta (ou real) do declaratório, a teoria da declaração a toma como elemento exteriorizado pela declaração, ou seja, como uma vontade abstrata, até mesmo ficta, decorrente da presunção comum que se faria com base naquele comportamento.

Noutras palavras, a teoria da declaração não busca o sentido da vontade no interior do declarante, mas na aceção que socialmente lhe é dada por meio da declaração ou da prática de determinado comportamento, aos olhos do tráfico jurídico (usos e costumes)⁹⁶.

Daí extrai-se que a teoria da declaração antagoniza com a teoria da vontade não só na escolha do elemento preponderante do negócio jurídico, mas também nos interesses protegidos. Ao preferir a declaração, enquanto elemento objetivo que se exterioriza, a teoria agasalha os interesses do declaratório e de terceiros, e por consequência, do trânsito jurídico em geral, independentemente de quais fossem as intenções ou pretensões do declarante⁹⁷.

Autores contemporâneos filiam-se a teoria declarativa do negócio jurídico, sobretudo a sua vertente denominada *teoria da confiança*, como são exemplos, entre nós, Orlando Gomes⁹⁸, Enzo Roppo⁹⁹ na Itália, e em Portugal, Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁰⁰ e Manuel A. Domingues de Andrade¹⁰¹.

⁹⁵ Bem demonstra os contornos do significado de declaração a síntese da posição de Hermann Isay exposta por Paulo Mota Pinto: “a declaração não é uma acção isolada, mas todo um comportamento que revela para a conclusão da vontade do agente, acentuando que o ponto de vista do tráfico é o importante (a declaração seria ‘aquele comportamento de uma pessoa, nalguns casos legalmente tipificados, que, Segundo a experiência normal e sob ponderação de todas as circunstâncias, permite regularmente a inferência, sem consideração da correlação desta no caso concreto, para uma vontade determinada, e estando ou devendo estar a pessoa consciente desta conclusão’)” (*Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 27).

⁹⁶ A recepção do comportamento como ato formador de negócio jurídico é a causa preponderante do fenómeno que Paulo da Mota Pinto designa de “hipertrofia do negócio jurídico”, ainda que as declarações tácitas fossem juridicamente admitidas muito antes das teorias ora expostas.

⁹⁷ Essa independência se realiza apenas no plano da existência. Na teoria da declaração a vontade poderá exercer influência sobretudo em relação à validade do negócio jurídico.

⁹⁸ “Provavelmente, o aperfeiçoamento da *teoria objetiva* do negócio jurídico, reelaborada na Itália possibilitará a extirpação de algumas dessas controvérsias, se aclarado o conceito de efeito negocial que corresponde à concepção anti-individualista do Direito. Pretende-se, com efeito, individuar sua característica, não mais na circunstância de que o ordenamento jurídico atribui efeitos segundo a intenção do sujeito, mas na de que o sujeito fica vinculado por seu comportamento, no sentido de que sua conduta sucessiva não pode se desenvolver senão de conformidade com o empenho assumido com o ato praticado. Afasta-se, em consequência, a ideia de que a noção de negócio jurídico se identifica com a de declaração, admitindo-se que pode consistir também numa atuação ou em *comportamento omissivo*. Supera-se, outrossim, o debate a respeito da direção do intento e o que se travou entre partidários da teoria da vontade – *willentheorie* e da teoria da declaração – *erklarungstheorie*” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 76 e 91).

A ampliação do campo jurídico-negocial decorrente da teoria da declaração alarga também o espaço de atuação do silêncio, ao concentrar o nascimento do negócio jurídico em um ato objetivo, portanto, exterior ao sujeito.

Não há dúvida que o silêncio é um ato, ainda que omissivo, exterior ao sujeito (silente), que pode facilmente ser reconhecido por quem o circunda. A ausência de uma resposta, a interrupção de uma comunicação ou um ponto essencial não abordado em um contrato são tão perceptíveis como qualquer ato positivo, ainda que sua prova exija, as vezes, maior esforço.

Evidenciando a situação concreta que o silêncio basta para deflagrar a confiança de que por meio dele o silente manifestou-se em dado sentido, será tal *calar* suficiente para compor o suporte fático do negócio jurídico. É inclusive esse o fundamento invocado por autores como Carlo Fadda e Paolo Bensa para reconhecer a eficácia jurídica do silêncio. Como já mencionado, para esses autores o juiz, ao analisar o comportamento humano, deveria pautar-se na origem dos atos e em uma conduta racional e honesta das partes (boa-fé), de modo que ninguém poderia recusar a presunção decorrente de seu silêncio quando essa derivasse da convicção comum.

Também a posição de Domogue encontra respaldo nessas premissas, ao sustentar que ao indivíduo em sociedade não é dado ignorar o mundo ao seu redor, de modo que não pode expandir-se ou recolher-se de forma absolutamente livre. Em proteção aos interesses do tráfico jurídico, a necessidade prática e os usos negociais exigem que em relações negociais em curso o silêncio possa ser reconhecido como manifestação de vontade¹⁰².

⁹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 301.

¹⁰⁰ Mota Pinto conceitua o negócio jurídico como “actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob a tutela do direito” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 379). Quanto a prevalência do sentido objetivo da declaração, esclarece o autor que “o que é verdadeiramente constitutivo do negócio é o comportamento declarativo – a existência de um comportamento que, *exteriormente observado*, apareça como manifestação de uma vontade de certos efeitos práticos”.

¹⁰¹ Sobre o negócio jurídico, assim se posiciona o autor: “podemos definir negócio jurídico como um facto voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a produção de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (econômica), com ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito (...). O elemento externo da declaração é, pois, *condição de existência* do negócio jurídico. O elemento interno pode ser, quando muito, condição de validade” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da Relação Jurídica*. V. II: facto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 2003, p. 25 e 128).

¹⁰² SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação de vontade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 57-61; MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84.

1.5. O DESENVOLVIMENTO E AS CONCLUSÕES DOS AUTORES BRASILEIROS

Uma vez traçado o espaço jurídico do silêncio no Direito da época, as obras brasileiras passam a construir sua própria visão sobre a questão. Como não poderia deixar de ser, partem do estudo da vontade, desde sua função de fonte das obrigações, para pontuar seu espaço na estrutura do ato jurídico e a partir de então conjugá-la com o silêncio.

Tendo por objeto de sua obra pesquisar se o silêncio é um fato apto a gerar vínculo obrigacional, Martins Rodrigues retoma o estudo das fontes das obrigações, partindo da lição de Savigny, para quem fonte de obrigação é o acontecimento em virtude do qual começa ou se extingue uma relação jurídica. Esse acontecimento, quando derivado de um ato de vontade (ato jurídico) pode ser lícito ou ilícito. Sendo lícito o ato, os efeitos que dele propagam estão contidos na própria vontade manifestada, enquanto nos atos ilícitos, os efeitos decorrentes são pré-estabelecidos estabelecidos pela lei.

Mas nem por isso, assevera o autor, deve-se acreditar que a vontade em si possui o condão de criar relações jurídicas¹⁰³. Em última análise, é apenas a ordem jurídica que atribui efeitos à vontade e lhe permite a criação, modificação ou extinção de direitos. De qualquer sorte, também a lei depende da realização do fato nela previsto para que possa incidir e produzir os respectivos efeitos, de modo que a fonte das obrigações será sempre um *fato jurídico*.

Sem abandonar tal posição, admite para efeitos de sistematização a bipartição de fonte das obrigações entre a lei e a vontade, chamando a atenção de que mesmo nas obrigações derivadas da vontade não é ela, *per se*, que deflagra os efeitos visados pelo sujeito. “Rigorosamente, os efeitos dos negócios jurídicos não resultam nunca apenas da vontade do indivíduo, mas dessa vontade em conexão com as circunstâncias em que se manifesta”¹⁰⁴. Vê, assim, que em virtude do reconhecimento legal a vontade é fonte

¹⁰³ “Hoje a única fonte do direito é a lei, e é à lei, que devem referir-se, em última análise, todos os efeitos jurídicos que se podem produzir de qualquer forma. Portanto, a vontade humana não é já hoje, antes deixou de o ser há muito, fonte autônoma de quaisquer efeitos jurídicos, não sendo, pelo contrário, mais do que um fato, um dos fatos, a que a lei atribui e liga esses efeitos (MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37).

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 40.

formadora dos atos jurídicos, devendo sempre ser tomada considerando-se as circunstâncias em que foi manifestada, independentemente se o foi de forma expressa, tácita, ou silenciosa.

Já nesse ponto surgem problemas que são opostos à aceitação do silêncio como manifestação de vontade, notadamente de que sua capacidade de deflagrar efeitos jurídicos ensejaria relações ou obrigações não desejadas pela parte silente. Mas nem sempre todos os efeitos jurídicos produzidos por um negócio foram efetivamente desejados pelas partes.

Há, por exemplo, nos negócios complexos, hipóteses de contratos regulamentares, como os contratos coletivos de trabalho, em que o sujeito apenas a ele adere, sujeitando-se a todos os seus efeitos, mesmo que não os desejem ou desejem efeitos diametralmente opostos (tal como ocorre com os contratos de adesão), e também espécies de contratos necessários, como os de prestação de serviços públicos, nos quais sequer é necessária a vontade de contratar pelo prestador dos serviços¹⁰⁵.

Reconhecido que as obrigações derivam ou da lei ou da vontade, e nestes casos, pela formação de atos jurídicos, Marins Rodrigues passa a analisar a estrutura do ato jurídico, reconhecendo que seu elemento nuclear é a declaração de vontade voltada a constituir, modificar ou extinguir uma relação de direito.

Três são as principais correntes doutrinárias sobre o tema: a teoria da vontade, que elege como fator preponderante para a formação do ato jurídico a vontade interna do agente; a teoria da declaração, que prefere a vontade declarada à vontade real ou interna; e finalmente a teoria eclética, intermediária entre as duas teorias extremadas, pela qual se deve buscar o “sentido normal da própria declaração, para lá dos termos que a exprimem, no conjunto das circunstâncias anteriores que podem revelar-lhe a significação – tal como teria podido e devido fazê-lo o terceiro ao qual essa declaração se tivesse dirigido”¹⁰⁶.

Seria esta última a teoria adotada pelo legislador brasileiro do Código Civil de 1916. Sendo a declaração suficiente a levar o declaratório a acreditar tratar-se de declaração séria e coincidente da vontade do declarante, tal declaração deve ser

¹⁰⁵ “A consequência jurídica desejada em determinado negócio pode ser a causa de ulteriores efeitos jurídicos, sem que seja necessário tivesse sido estes igualmente queridos pelo agente. Pode, além disso, na manifestação da vontade, ao lado das consequências realmente visadas, ou em lugar delas, obter-se um efeito jurídico não objetivado” (*Ibidem*, p. 41).

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 57.

considerada válida, ainda que a leitura apressada do art. 85¹⁰⁷ do diploma civil possa levar equivocadamente que o legislador adotou a teoria da vontade¹⁰⁸.

Quanto à forma, ainda que o sistema brasileiro adote o princípio da liberdade de formas para a manifestação de vontade, estampado no art. 129¹⁰⁹ do Código Beviláqua, há numerosos dispositivos no Código Civil de 1916 que confrontam tal princípio, tais como a limitação da prova testemunhal para contratos cujo valor supere um conto de réis, as regras de direito matrimonial e das relações de parentesco, de aquisição imobiliária, do direito societário, dos testamentos, dentre outras, de modo que a regra geral acaba por ficar de certa forma mitigada.

As exigências especiais por determinada forma não decorrem de uma consagração do formalismo, da forma pela forma, mas surgem para os numerosos casos em que mostra-se útil ou necessário proteger a boa-fé de terceiros e a segurança social. As exceções, embora numerosas, estariam justificadas de modo a não derrotar a regra geral da liberdade de forma.

Admitindo-se a regra geral, a manifestação pode se dar de forma expressa e tácita, ou como prefere o autor, direta e indireta, desde que sua cognoscibilidade exterior seja suficiente.

Visto que a vontade pode manifestar-se de maneira expressa ou tácita, direta ou indiretamente, podê-lo-á também por via do simples silêncio?”¹¹⁰. Sua resposta à questão é positiva, mostrando que o silêncio pode constituir manifestação tácita de vontade (quando depende de outros atos que o acompanhem), manifestação expressa (quando seu sentido é inequívoco, como no caso de permanecer silente em assembleia de acionistas por oportunidade de uma votação), e constituir ele próprio uma forma de manifestação (como nos casos expostos no Direito Romano, Canônico, nos códigos modernos e pela doutrina). Assentado o pressuposto de que o silêncio é capaz de

¹⁰⁷ “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

¹⁰⁸ A posição apresentada por Martins Rodrigues sobre o art. 85 do Código Civil de 1916 difere da de Clóvis Beviláqua, que assim o comenta: “A vontade manifesta-se por sinais ou símbolos, entre os quais ocupam lugar proeminente as palavras. Êsses sinais ou palavras podem não traduzir, fielmente, o que o agente quer exprimir. A lei, por isso, manda atender, de preferência, à intenção, desde que haja elementos para determiná-la, fora da expressão verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente. Êste preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Afirma que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela, quando manifestada de acôrdo com a lei, que o direito dá eficácia” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. 1. 12ª ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1959, p. 265-266).

¹⁰⁹ “A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 69.

manifestar vontade, extrai de sua pesquisa alguns princípios que regem a questão do silêncio.

Em geral, só se poderia considerar que o silêncio guardado pelo oblato seja apto à formação de um negócio jurídico quando entre as partes já havia anteriores relações negociais. Do contrário, o silêncio nada significará, pois não seria justo estabelecer ao oblato uma obrigação de falar, sem fundamento em relações anteriores. Para além dessa “regra geral”, analisa na casuística qual seria a solução recomendada.

No tão debatido caso da remessa de livros, em que o remetente encaminha a mercadoria com a ressalva de que a não devolução no prazo consignado será tida como aceitação, a solução do caso dependerá das circunstâncias: se a remessa é feita pela primeira vez a alguém, ou seja, se não havia qualquer relação anterior entre as partes, entende que a princípio não se deve admitir a formação do vínculo contratual pelo silêncio, como o faz a quase unanimidade dos juristas¹¹¹, chegando a afirmar alguns, como Degni, que sequer haveria o dever de restituir ou de guarda dos objetos, posto que acarretariam custos e cuidados pelo destinatário que ele não é obrigado a suportar.

Ademais, se não se forma o vínculo negocial entre as partes, não há qualquer obrigação de um para com o outro. Até mesmo a relação jurídica de depósito dependeria do assentimento do destinatário, que na hipótese, inexistente.

Caso existam entre o destinatário e o remetente relações negociais anteriores, entende o autor que a solução deve ser outra. Cogita da hipótese de um assinante de jornal que, com o fim do prazo contratado, continua a receber os exemplares sem nenhum protesto, ou ainda se na edição posterior ao vencimento contratual o jornal encaminhado vem com a estampa de que o contrato será considerado prorrogado se até determinado prazo se não houver contrariedade pelo assinante. Nestes casos, as necessidades da vida prática e a segurança das relações sociais impõe o reconhecimento de que o silêncio do destinatário possui o contorno jurídico de aceitação. É a posição da jurisprudência francesa e da maior parte dos juristas.

¹¹¹ Tal conclusão mostra-se coerente com a crítica apresentada pelo autor ao comentar o art. 1.804 do Código Beviláqua: “Assim, pois, em face do nosso direito positivo, na fase de formação do vínculo contratual, basta que o proponente declare, ao formular a oferta, que dispensa a aceitação expressa para que a outra parte se considere vinculada. Se o livreiro ou editor, p. ex. – para nos servirmos de um caso geralmente discutido pelos autores – remeter livros, revistas ou jornais a alguém, declarando, ao fazer a remessa, que considera vendidos os livros, ou convencionada a assinatura dos periódicos se o recebedor não denunciar o propósito contrário em determinado espaço de tempo – a solução, em face da nossa lei, é que estará concluído o contrato, formando-se, a despeito do silêncio de uma das partes, o vínculo obrigacional. Será excessiva, e não raro injusta, essa solução, mas é, sem dúvida, a que decorre da amplitude do princípio do nosso Código” (MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79-80).

Outra situação que reanimou as discussões sobre o silêncio na doutrina italiana foi a dos empresários que, ao encaminhar as faturas comerciais, nelas inserem novas cláusulas. Em não havendo oposição pelo destinatário das faturas, seu silêncio poderia ser tomado como anuência às novas cláusulas? Pelo fato de as partes já estarem em relações comerciais, Martins Rodrigues pensa que sim, exceto se as cláusulas contradisserem o acordo pré-estabelecido que lhes deu origem. Ou seja, acaso as cláusulas versem sobre a execução do contrato e em matérias em que o contrato foi omissivo, o silêncio sobre elas representa anuência. Caso contrário, mera inação. Até mesmo Degni, cuja posição é claramente contrária à eficácia do silêncio, comunga da mesma posição do autor nessa hipótese.

Também o silêncio valerá como anuência quando oferecer vantagens ao oblato e estiver de acordo com seus interesses. É o caso, por exemplo, da gestão de negócios cujo proprietário, após tomar ciência da gestão e podendo evita-la, nada diz. Nessa hipótese, seu silêncio converterá a relação de gestão de negócios em mandato.

Situação similar é narrada por Demogue: para encerrar uma greve dos trabalhadores rurais de determinada região, um dos proprietários rurais, aparentando estar representando os demais, prometeu a todos os trabalhadores que, se voltassem ao trabalho, lhes seriam dadas melhores condições de labor. Após aceitarem a promessa, viram-se privados de qualquer melhora por um dos produtores, que afirmava que nada havia prometido. A justiça italiana considerou que aquele proprietário estava obrigado pela proposta feita aos trabalhadores, pois entendeu que o promitente agira como gestor de negócios de todos os proprietários da região em greve, que cientes da promessa, não a desmentiram¹¹².

O silêncio também manifestará aceitação quando a oferta se relacionar com a profissão do oblato, hipótese que goza de certo consenso entre os juristas. De certo modo com o mesmo fundamento dos casos em que a oferta é vantajosa e do interesse do destinatário, entende o autor que quando a oferta guarda relação com a profissão daquele a quem é dirigida, é possível presumir que seja de seu interesse aumentar sua clientela, permitindo presumir que eventual silêncio decorra de falta de tempo do oblato ou mesmo de considerar a resposta expressa desnecessária.

Assim, a incumbência de um processo a determinado advogado, ou a reserva de cômodos endereçada a um hoteleiro, quando não respondidas, poderiam ser tidas por

¹¹² MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 96.

aceitas. O próprio Código de 1916 consagrava essas hipóteses ao regulamentar o mandato, no art. 1.293¹¹³, presumindo aceito entre os ausentes quando guardar relação com a profissão do destinatário. Semelhante disposição constava do então vigente art. 323¹¹⁴ do Código Comercial alemão.

No último capítulo de sua obra, debruça-se sobre outras questões relativas ao silêncio, para além da formação do negócio jurídico. A primeira dimensão apresentada tem por base a doutrina de Ramniceano, para quem o silêncio, que não representa manifestação de vontade, pode caracterizar abuso de direito¹¹⁵, dando lugar a obrigação de reparar.

Há também a posição de Cohin, pela qual o silêncio culposo igualmente pode acarretar a obrigação de reparar. Para o autor, estribando-se no princípio da solidariedade social e da confiança, aquele que permanece silente em situação da qual usualmente se espera dado comportamento trai a confiança que nele fora depositada, de modo que, se agiu com culpa ou dolo, deve reparar o prejuízo causado por seu silêncio. Seria o caso do editor que, após receber um texto para publicação, deixa de apresentar sua negativa ao autor, ou do médico que, chamado a responder uma emergência, deixa de comunicar sua recusa.

Também as omissões dolosas, preenchidas por más intenções ou fins ilícitos constituem hipóteses em que o silêncio pode deflagrar a responsabilidade aquiliana. Os casos mais emblemáticos são as hipóteses dos contratos de seguro, aos quais, pela forte influência do princípio da lealdade, o direito estipula sanções específicas tanto para o dolo praticado pelo segurado, que perde o seguro contratado, quanto pelo segurador, pagará em dobro o prêmio estipulado¹¹⁶.

A despeito da construção de uma regra geral e da apresentação de uma conclusão para os principais casos discutidos pela doutrina, o autor afirma estar longe de esgotar o assunto, havendo ainda muito a aprofundar no tema ou ampliá-lo para além

¹¹³ “Art. 1.293. O mandato presume-se aceito entre ausentes, quando o negócio para que foi dado é da profissão do mandatário, diz respeito à sua qualidade oficial, ou foi oferecido mediante publicidade, e o mandatário não fez constar imediatamente a sua recusa.”

¹¹⁴ “Quando, entre o negociante ao qual se confia um mandato e aquele que o comete, existem relações de negócios; ou quando o primeiro se ofereceu ao segundo para a execução de mandatos de gênero do mandato conferido, aquele é obrigado a responder sem demora, sob pena de considerar-se o seu silêncio aceitação” (*apud* MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 97).

¹¹⁵ “Se, com efeito, tenho o direito de não responder a uma oferta que se me faz, não tenho todavia o direito de abusar do meu silêncio, quando, calando-me, prejudico conscientemente a outrem. Estaria, pois, vinculado, porque, calando, poderia agravar a situação de um terceiro, quando, no entanto, uma simples palavra minha teria podido esclarecer minhas intenções e evitar danos inúteis” (*Ibidem*, p. 101)

¹¹⁶ As hipóteses referem-se, respectivamente, aos artigos 1.444 e 1.446 do Código Civil de 1916.

do campo das obrigações. “Enfim, é um ensaio que poderá ser o ponto de partida para um trabalho mais completo e estudo mais profundo em intensidade e amplo em extensão, se a isso nos animar a boa acolhida e o estímulo dos mestres”¹¹⁷.

Lino de Moraes Leme inicia sua posição afirmando que desde os escritores mais antigos, passando pelos códigos, se reconhece eficácia jurídica ao silêncio. Parte então para outra indagação: esses efeitos decorrem da teoria da vontade ou da boa-fé?

Para a primeira teoria, a questão cingiria a verificar se o silêncio é forma de manifestação de vontade. A segunda, embasada em um princípio de solidariedade social, reconhece que cada um é responsável pelos atos que pratica, de modo que, se pelo silêncio alguém agiu de forma a fazer com que outrem suponha que teve a intenção de obrigar-se, ainda que sua vontade interna tenha sido em sentido contrário, não pode desvincular-se da responsabilidade decorrente de sua negligência¹¹⁸, prevalecendo a exteriorização da vontade sobre a vontade interna.

Por certo que existem casos, como nos negócios gratuitos e nas relações familiares, que mesmo os adeptos da teoria da declaração reconhecem que a vontade real deve prevalecer sobre a vontade declarada, mas se tratam de casos especialíssimos. Tais casos permitem inferir que a vontade declarada está para a vontade real assim como o silêncio está para a vontade real, ora prevalecendo um, ora outro, mas restando claro que o silêncio é também uma forma de manifestação de vontade¹¹⁹.

Definido que o silêncio pode manifestar vontade, afirma que há duas escolas que podem ser consideradas para se buscar o fundamento da eficácia jurídica do silêncio: a que toma por fundamento a lei, pelas obrigações *ex lege*, e a que o reconhece como manifestação tácita de vontade.

Do exposto na obra, porém, entende superada a primeira escola, considerando verdadeira apenas a segunda, de espectro mais amplo e que permite inserir o silêncio na teoria da vontade. Nessa teoria, há igualmente duas posições: A primeira dos que tomam a vontade em seu aspecto interno e outra em seu aspecto externo, notadamente na

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 108.

¹¹⁸ A análise do silêncio pelas lentes da solidariedade social fica clara a partir da citação feita por Lino de Moraes Leme da posição de Pacchioni: “a solidariedade social, que vincula todo o homem a seu semelhante e pela qual Cícero ensinava dever-se também em benefício de estranhos conceder aquilo que se lhes pode conceder sem dano ou incomodo, impõe ao homem de comercio falar sempre que seja necessário para dissipar no animo dos outros a confiança deduzida do próprio silêncio. O homem de negócios se move numa atmosfera em que domina soberana a boa fé e a boa fé não tolera que alguém se entrincheire atrás do próprio silêncio quando o seu silêncio pode ter a aparência exterior de consenso” (LEME, Lino de Moraes. *Da efficacia juridica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 41).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

declaração. O autor liga-se a segunda posição, por entender que a vontade interna, *de per se*, não tem efeito jurídico, ainda que a maior parte dos códigos estabeleça que na interpretação dos contratos o jurista deve buscar a vontade real.

Assim, preferindo à declaração à vontade, e após a reconstrução histórica e doutrinária que realizou sobre a questão do silêncio, conclui a obra esboçando uma proposta de sistematização da questão no direito brasileiro, tomando por base o reconhecimento do silêncio como manifestação tácita de vontade. Assim, arremata afirmando:

“Em conclusão: a) o consenso pode ser manifestado tacitamente, quando a lei não dispuser em contrário; b) o consenso tácito pode resultar do chamado silêncio qualificado como do silêncio puro; c) a eficácia jurídica do silêncio puro ocorre nos casos expressos em lei e nos resultantes dos usos e costumes”¹²⁰.

Finalmente, Miguel Maria de Serpa Lopes, autor da mais extensa das três obras, após ampla pesquisa das codificações modernas e da doutrina, passa a construir sua conclusão pessoal a partir do que intitulou “posição racional do problema”.

Para tanto, busca na interdisciplinaridade os elementos necessários para definir o significado do vocábulo em estudo. Vale-se da psicologia e da sociologia para demonstrar que nesses campos da ciência tanto as abstenções (atitudes negativas) quanto as ações (atitudes positivas) pertencem ao conceito amplo de ação. Na psicologia o silêncio exterioriza um fenômeno psíquico, ou seja, decorre de uma vontade de ficar silente. Na sociologia, vale-se da posição solidarista de Duguit para sustentar que o homem que vive em sociedade não pode ignorá-la, indiferente aos demais, permanecendo calado.

Voltando os olhos especificamente ao campo jurídico, mostra que também o Direito reconhece diversos efeitos ao silêncio. Para Ihering, “a palavra, a ação, e até mesmo o sinal, e em certos casos, o silêncio, são aptos para produzir o efeito a que se destinam, desde que neles o teor da vontade pode ser encontrado com certeza”¹²¹. E não só no Direito Civil o silêncio seria um fato jurídico, mas assim também o reconhecem vários outros ramos do Direito, como o administrativo, penal, processual, civil e comercial.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹²¹ No original: “que ce soit le mot, la action, le signe et même, le cas échéant, le silence, soit propre à produire le effet visé bien entendu pour autant que le contenu de la volonté puisse être constaté avec certitude” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1961, p. 140).

No campo do Direito Civil, seleciona duas hipóteses que considera fundamentais para a questão do silêncio: o silêncio como fato deflagrador de responsabilidade civil e o silêncio como manifestação de vontade.

A primeira hipótese se estriba em duas teorias: a do abuso do direito e a da responsabilidade extracontratual. A teoria do abuso do direito recepciona o silêncio em algumas hipóteses como fato culposos daquele que, ao receber uma oferta que o proponente acredita ter sido aceita, deixa de preveni-lo de que não a aceitou, causando-lhe prejuízos derivados da remessa ou da execução do contrato proposto. Serpa Lopes critica tal posição evidenciando que a teoria peca em seu pressuposto. Para considerar que em tais situações o silente estaria agindo em abuso de direito, seria logicamente necessário antes reconhecer-lhe um direito, do qual estaria se utilizando de forma anormal, direito este que, na hipótese, só poderia ser o de não responder.

Demonstra o autor, então, que a teoria contorna obstáculo no silêncio como manifestação de vontade, além de outro pressuposto ainda mais contestável, qual seja a existência de um direito de não responder ou de uma obrigação de falar, ambas controvertidas. A teoria, portanto, apenas tiraria o problema do controverso campo da vontade e o realocaria em outro campo tão movediço quanto, ressaltando ainda que embora a teoria do abuso de direito seja amplamente reconhecida, ainda não se logrou estabelecer os critérios que a regulam, o que seria mais um problema a ser enfrentado ao analisar o silêncio à luz do abuso de direito.

Ainda no campo da responsabilidade civil, há autores que, não reconhecendo o silêncio como manifestação de vontade, inserem-no apenas no campo da responsabilidade extracontratual, a partir da violação do princípio geral do *neminem laedere*. Serpa Lopes, ainda que não refute a possibilidade de atuação do silêncio no campo da responsabilidade extracontratual, opõe-se a tal perspectiva ressaltando que mesmo nos casos de tratativas para formulação de um contrato que não venha a se concretizar, entende tratar-se de responsabilidade contratual, dependendo de culpa contratual e não de mera violação do dever geral de não causar dano.

No capítulo final de sua obra (e que lhe dá o nome) o autor analisa o silêncio como manifestação de vontade. Seu ponto inicial são os elementos essenciais do ato jurídico: a vontade, como elemento psíquico, e sua manifestação, como elemento objetivo. A partir deles expõe a clássica disputa entre as teoria francesa da vontade e a teoria germânica da declaração, cada qual elegendo um dos elementos como o preponderante para a formação do ato jurídico, e a teoria italiana do *affidamento* ou da

confiança, intermediária entre as duas teorias citadas e fundada em um sentimento de responsabilidade social do agente em face de seus atos¹²².

É esta a teoria que entende melhor explicar a questão do silêncio, pois o silêncio daquele que cala pode gerar em um terceiro um *affidamento*, uma confiança de que a omissão exprime uma vontade dotada de sentido. É a confiança que a outra parte deposita no silêncio que lhe empresta o valor de manifestação de vontade, aproximando-se assim mais da teoria da declaração e da respectiva “missão socializadora e igualitária do juiz” ao interpretar um contrato.¹²³

A confiança que embasa tal teoria é ainda corroborada pelo princípio da boa-fé, que tem entre suas principais funções a de servir como critério de interpretação para os atos jurídicos. O princípio recomenda ao intérprete que parta sempre da suposição de que o homem em sociedade é movido por intenções sinceras, leais, e age com consciência, lisura e honestidade, de modo que aquele que se cala em circunstâncias que o homem comum entenderia o silêncio como anuência deve ter sua atitude considerada como praticada de forma sincera, de acordo com a expectativa criada, e não como uma omissão egoísta.

Expõe, então, que há pelo menos quatro situações em que no domínio da prática pacificamente se toma o silêncio como manifestação de vontade: a) quando um comerciante, com prévia relações negociais com certa pessoa, recebe dela um pedido de expedição e frente a ele mantém-se silente; b) quando a proposta for provocada por aquele que a recebeu, especificamente no que concerne ao objeto previsto; c) quando o oblato não tiver qualquer razão para recusar a oferta, como nas ofertas gratuitas; e d) quando na execução do contrato uma das partes, por força de novas circunstâncias, propuser a outra a modificação de algum ponto e esta nada disser¹²⁴.

Ao final da ampla pesquisa e dos remates parciais lançados pelo autor durante o texto, consigna em tópico conclusivo que “não trepidamos em asseverar que o silêncio constitui um elemento capaz de aquisição, modificação e extinção de direitos, como o é, igualmente, para a formação dos contratos”. Esse efeito constitutivo derivará da análise

¹²² “Não poderá, assim, o contratante furtar-se à obrigação em face de terceiro, quando a sua ação seja de tal maneira que inspire nesse terceiro a convicção de ter querido seriamente obrigar-se” (*Ibidem*, p. 149).

¹²³ “O exame de uma situação, como vem de ser prefigurada, pode conduzir ao Juiz concluir que num dado comportamento de silêncio, alguém quis, em sua negatividade, porquanto aquelas mesmas circunstâncias indicavam um dever de falar. É necessário que se possa crer nas aparências sérias, base do que Demogue denominou de ‘segurança dinâmica’; é necessário respeitar a confiança pública e a boa-fé de terceiros. Não se pode deixar que alguém impunemente possa fazer acreditar a um terceiro que uma operação jurídica foi concluída” (*Ibidem*, p. 152-153).

¹²⁴ *Ibidem*, p. 163-165.

do juiz por meio das circunstâncias que acompanharem o silêncio, “segundo um critério igualitário e socializador”. Tais circunstâncias não se limitam ao poder falar ou ao poder e dever falar pelo silente, mas também a convicção que seu silêncio ensejou na outra parte segundo elementos da boa-fé. Em arremate final, sintetiza:

O silêncio pode então definir-se: uma manifestação de vontade, por meio de um comportamento negativo, deduzida de circunstâncias concludentes, caracterizadas pelo dever e possibilidade de falar quanto ao silente e pela convicção da outra parte, indicando uma inequívoca direção da vontade incompatível com a expressão de uma vontade oposta¹²⁵.

Ao fim e ao cabo, verifica-se que a doutrina brasileira da década de 1930 debruçou-se sobre o silêncio sobretudo como manifestação de vontade, mas não sem antes reconhecê-lo também como elemento de outros fatos jurídicos, como ato ilícito indenizativo e mesmo caducificante. Maior profundidade, sem dúvida, foi dada a perquirir se o silêncio é apto a manifestar vontade, e em qual sentido.

Ainda que os três autores respondam a primeira indagação de forma positiva, e cheguem mesmo a esboçar uma regra geral para o silêncio, o que predomina em suas conclusões são respostas casuísticas. Por certo, apesar da imensa contribuição que deixaram, sobretudo pela profunda pesquisa doutrinaria realizada, legam-nos muitos obstáculos a serem superados e questões a serem respondidas.

Mais do que isso, cumpre ter em mente que as obras analisadas devem ser lidas a partir da espacialidade e da temporalidade em que foram escritas. São uma fotografia da década de 1930, de modo que não podem ser simplesmente trazidas à colação como se fosse a visão do presente, tampouco como mais ou menos desenvolvida do que esta.

As monografias de Martins Rodrigues, Lino de Moraes Leme e Serpa Lopes servirão como ponto de partida ao presente texto, que se propõe a analisar o silêncio a partir da travessia do moderno para o contemporâneo. Parece assim de maior honestidade acadêmica reconhecer o inegável mérito destas obras, tomando emprestado o estudo por elas realizado para representar a visão moderna sobre o silêncio e, a partir dela, problematizar a questão à luz do direito contemporâneo, ao invés de somente partir do tema já em seu atual estado da arte, ou pior, tentar debilmente refazer passos já tão bem trilhados.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 165-166.

2. RAÍZES MODERNAS, RAMOS CONTEMPORÂNEOS: AS VICISSITUDES ENTRE A GÊNESE DA DOCTRINA DE 1930 E O *LOCUS* DO SILÊNCIO NO NEGÓCIO JURÍDICO

2.1. BREVE ESBOÇO DA TRAVESSIA DO DIREITO CIVIL MODERNO PARA O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

A referência à travessia do Direito Civil moderno para o contemporâneo¹²⁶ se justifica, para a análise do silêncio como fenômeno jurídico, a partir de três premissas: primeiramente de que não existe um Direito Civil, mas vários, cada qual com peculiaridades e anseios próprios de seu tempo¹²⁷; nesse passo, também de que a compreensão do atual estado da arte de qualquer fenômeno jurídico passa inevitavelmente pela investigação de sua gênese e transformações¹²⁸; e finalmente, a terceira premissa assenta-se na constatação de que as obras citadas no primeiro capítulo estribaram-se em concepções e referenciais teóricos talvez mais próximos ao Direito Civil da modernidade do que da contemporaneidade, fato que invariavelmente reflete em suas conclusões.¹²⁹

¹²⁶ Impende esclarecer, desde logo, que a percepção de duas temporalidades de um mesmo fenômeno não implica no encerramento da primeira quando do nascimento da segunda, tampouco em sua superação. Trata-se em verdade do caminhar de um ente que constantemente se reconstrói e, nessa medida, em dados momentos apresenta característica que outrora não possuía, noutros descola de si características que outrora lhe foram próprias.

¹²⁷ Nesse aspecto merece referência a obra de Claus-Wilhelm Canaris, ao afirmar que: “de facto, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, tão somente um *projeto* de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 28).

¹²⁸ Francisco Amaral igualmente assevera que o Direito Civil é um produto histórico e cultural, marcado sobretudo por sua historicidade e continuidade. Com tal percepção, acredita “ser impossível uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico, principalmente do direito civil, sem o recurso à investigação histórica, que permite identificar os fatores que nele vêm influenciando, ao longo de seu processo de formação, principalmente os que se verificam no seu estágio atual, de significativas mudanças” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110).

¹²⁹ O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) é um exemplo elucidativo de fonte típica da modernidade citada nas três obras. Ainda que tenha entrado em vigor em 1900, não refletia os anseios do novo século. Segundo Zimmermann, “*thus, unlike the Code civil, the BGB did not herald the beginning of the new epoch. In many respects, it still reflected the values of a world that was destined to disappear*” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. New York: Oxford Press, 2010, p. 20). Um desses aspectos, ainda em vigor na década de 1930, era a admissão da manifestação de vontade apenas pela forma expressa, evidenciando assim sua preocupação com uma segurança jurídica formal e com os ideais do liberalismo. Também as fontes doutrinárias utilizadas, ainda que não em sua integralidade, confirmam tal ilação, como são exemplo, dentre outros, Bernhard Windscheid, integrante da escola pandectista alemã, e Baudry Lacantinerie, da escola da exegese francesa.

Tais premissas, se de um lado justificam a investigação da travessia, de outro não ignoram a necessidade de se ater ao objeto do presente texto. Visamos a compreender o contemporâneo, mas para isso, mister presentificar o passado. Essas asserções, ainda que aparentemente contraditórias, comportam uma coexistência harmônica a partir do recorte da travessia, verticalizando a análise nos temas que de alguma maneira exercem maior influência sobre a análise do silêncio no Direito Civil¹³⁰.

Cumpramos novamente ter em mente os cuidados da historiografia, de modo que não se perceba tal travessia como uma forma linear de evolução ou melhoramento, mas sim como uma constante e inevitável reconstrução, com continuidades e rupturas, consonâncias e dissonâncias, inovações e resiliências¹³¹. Ao desenvolver-se o Direito Civil não desenterra suas raízes modernas, pelo contrário, as mantém em solo firme para poder, agora, expandir seus ramos a espaços quicá mais ensolarados. Seu tropismo persegue não mais a segurança do solo, cuja profundidade já lhe garante firmeza. Volta-se, agora, para a luz que permite sua sobrevivência.

Trata-se, por certo, não de uma mudança completa e unitária, mas de várias transformações, tanto conceituais como teleológicas, axiológicas e filosóficas que culminaram no Direito Civil contemporâneo. Não tendo vida própria, eis que instrumento para cumprir seu desiderato, é natural que o Direito tenda a acompanhar as vicissitudes do fenômeno cultural, social, econômico e político da ambiência e temporalidade em que está inserido, ainda que por vezes o faça com algum atraso¹³².

É portanto na fotografia social que se poderá perceber as circunstâncias em que se desenvolveu o Direito Civil moderno e as características por ele apresentadas, e em um segundo momento, a transição da sociedade moderna para a contemporânea e as mutações dela decorrentes no Direito Civil contemporâneo. É o que, em brevíssima

¹³⁰ Por tal razão, temas centrais da travessia do Direito Civil moderno para o contemporâneo, como a repersonalização e a despatrimonialização, bem assim temas próprios de determinadas searas, como a robusta transformação do Direito das Famílias, não serão objeto deste tópico. Para uma análise completa, remete-se a FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: Sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 49, e, especificamente sobre a transformação operada no Direito das Famílias, a PIANOVSKI RUZIK, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 193-194.

¹³² Pontes de Miranda toma tal instrumentalidade para definir a primazia da análise social dentre as funções do jurista: “antes de tudo deve esmerar-se o jurista no obter a noção da realidade social, em sua estática e em sua dinâmica, em sua anatomia e em sua fisiologia, porque, sem ela, não teria sentido as noções particulares, dependentes, posto que específicas, dos fenômenos jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do direito*. v.1. Campinas: Bookseller, 2005, p. 115).

síntese, pretende-se apresentar, ainda que atendo-se apenas aos elementos que de alguma forma contribuem para a compreensão da ambiência em que será inserida a questão do silêncio.

A modernidade se caracteriza, na macroestrutura, pelo surgimento do Estado Liberal em decorrência do declínio das monarquias absolutistas que dominavam a Europa. Fruto da ascensão social e política da classe burguesa, o modelo de Estado visava justamente a legitimar e consolidar as conquistas daquela, seja por meio de um modelo econômico que facilitasse o trânsito jurídico, seja pela elaboração de um novo direito positivo. O liberalismo econômico permitiu, a um só tempo, a possibilidade da nova classe dominante adquirir as propriedades outrora em mãos de uma aristocracia e a faculdade de comercializá-las com ampla liberdade e segurança.

Também o ideário social adquire nova configuração. Por influência da reforma protestante que pregava a ‘salvação’ da alma como fenômeno que dependente unicamente do próprio indivíduo, e não mais de um aval clerical, floresce a soberania do individualismo. No plano das ideias, o iluminismo consagra um novo homem, racional, livre e igual entre seus semelhantes, corrompendo as bases dos antigos privilégios decorrentes das classes sociais. Por fim, a revolução francesa consolida tais princípios também na esfera política, alterando a racionalidade então vigente para consagrar o individualismo, a liberdade e a igualdade como os valores fundamentais da sociedade¹³³. O homem torna-se sujeito “singular, livre e igual, sem vínculos sociais (como acontecia na Idade Média) e responsável por si mesmo”¹³⁴.

Tais valores se refletem para a esfera jurídica, da qual é elucidativo o exemplo francês. Aos 03 de novembro de 1790, portanto, pouco mais de um ano após a queda da Bastilha, a Assembleia reconstruiu a organização judiciária da França, extinguindo todos os tribunais especiais, tribunais de privilégios e tribunais ordinários, destruindo, por completo, o sistema judiciário monárquico e substituindo-o por um sistema mais adequado às concepções e pretensões revolucionárias¹³⁵.

¹³³ A fraternidade, ainda que inserida no jargão revolucionário, não teve o mesmo desenvolvimento ou aplicação que a liberdade e a igualdade, nem na seara jurídica, nem na seara social, permanecendo como uma das promessas não cumpridas pela revolução.

¹³⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121.

¹³⁵ SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 97.

Essa “guinada social” buscou justamente “domesticar o Direito, tornando-o tão certo quanto o resultado de uma equação algébrica”¹³⁶, prendendo o magistrado a esquemas lógico-dedutivos que lhe tolhem qualquer possibilidade de desviar do Direito posto.

Nesse cenário, os juízes passam a ser eleitos e desempenham um papel de estrita observância da lei. Era fundamental que as conquistas legislativas da revolução, principalmente os valores (formais) de igualdade e liberdade, não fossem manipulados pelos juízes ou deixassem de ser por eles aplicados, levando-se a magistratura a atuar como *la bouche de la loi*, nas célebres palavras de Montesquieu.

Sem surpresa, o individualismo, a liberdade e a igualdade acabariam por se tornar também os valores norteadores das codificações modernas, inauguradas com o Código Civil francês de 1804 e permanecendo como a base ideológica também do Código Civil italiano de 1865¹³⁷, alemão (BGB) de 1896¹³⁸ e do brasileiro de 1916¹³⁹.

Igualmente, o anseio por uma segurança jurídica formal, aliado ao já mencionado primado da lei, acarretou o desenvolvimento de um sistema jurídico fechado em si mesmo e de alto rigor conceitual que considerava a legislação como uma construção histórico-racional cuja abstração e sistematização conferiam-na ares de perfeição a ponto de repudiar qualquer interpretação axiológica da lei¹⁴⁰. Tal sistema, orientado pela pretensão de previsibilidade derivada da segurança jurídica, valia-se da racionalidade lógico-formal do método subsuntivo, pelo qual o Direito apenas reconhecia aqueles fatos descritos abstratamente nas regras jurídicas, fechando-se aos fatos sociais.

Especificamente no campo dos contratos, seara mais fértil para o estudo do silêncio no Direito Civil, o vértice era ocupado pelo voluntarismo. A vontade, erigida a dogma, era tida como fonte legítima de produção de justiça, considerando-se justo todo

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

¹³⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40.

¹³⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. New York: Oxford Press, 2010, p. 20-22.

¹³⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

¹⁴⁰ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCHO, Rui (org.). *Direito civil parte geral*. v. 2. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.010; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 34-35.

o contrato que tenha sido estabelecido de forma livre¹⁴¹, eis que representativo da volição de seus sujeitos.

Perseguindo a concreção de interesses individuais próprios daquele período, o ideário voluntarista conferia o poder de contratar em sua acepção mais ampla, sendo livre ao sujeito contratar apenas *aquilo que* quisesse e *com quem* desejasse, estabelecendo cláusulas contratuais com qualquer conteúdo. Tal pretensão dos códigos de matriz oitocentistas de conferir ilimitada esfera de exercício à autonomia da vontade é representada por Carlos Eduardo Pianovski Ruzik por meio de analogia ao *Fausto*, famosa obra de Goethe, em que o demônio Mefistófeles “assegura ao Fausto o gozo tendencialmente ilimitado das possibilidades definidas no ‘pacto’ (...) para que possa, no exercício de sua autonomia privada, buscar (em vão) a satisfação de sua ilimitada ‘aspiração fáustica’”¹⁴².

Uma vez formado o contrato pela confluência das vontades das partes, a segurança jurídica, garantia que as promessas nele contidas seriam cumpridas, independentemente de quaisquer vicissitudes e livre de qualquer intervenção externa¹⁴³.

Também François Ost se vale metaforicamente do *Fausto* de Goethe e do Mercador de Veneza de Shakespeare, mas agora para ilustrar não os códigos, mas o modelo contratual moderno. Segundo o autor, tanto o pacto firmado entre Fausto e Mefistófeles como o contrato do mercador Antônio com o judeu Shylock evidenciam uma forma instantânea e imutável de pacto, que deveria ser cumprido literalmente e independentemente de qualquer juízo de valor em relação ao conteúdo ajustado¹⁴⁴, tal qual o contrato o moderno.

Mas, como lembrado por Luiz Edson Fachin, “o tropel dos eventos desmente verdades estabelecidas e desmancha o saber”¹⁴⁵. O transcurso do tempo mostrou que as promessas da modernidade não se cumpririam. A intensa desigualdade social desfez o ideário da igualdade. O trabalho infantil, as longas jornadas de trabalho e a formação de

¹⁴¹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110-112.

¹⁴² PIANOVSKI RUZIK, Carlos Eduardo. *Ensaio sobre a autonomia privada e o sujeito de direito nas codificações civis, ou ‘a aspiração fáustica e o pacto de Mefisto’*. In: Pagliarini, Alexandre Coutinho; Clève, Clémerson Merlin; Sarlet, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 187-195.

¹⁴³ CATALAN, Marcos; GERCHMANN, Suzana. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. In: EHRHARDT JR., Marcos (org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 151-153. Ainda sobre essas características.

¹⁴⁴ OST, François. *Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico*. Tradução de Victoria Roca. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2002, pp. 597-626.

¹⁴⁵ SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção*. 4ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 9.

uma massa operária derivada do êxodo rural revelaram que também a liberdade moderna não logrou alcançar o que dela se esperava.

A submissão dos trabalhadores aos proprietários dos meios de produção impulsionou a organização de sindicatos e associações que, aliados ao discurso cristão do solidarismo e da fraternidade, atrelavam a culpa pela questão social à ideologia individualista e voluntarista até então vigente. Com o sufrágio universal, tais organizações ganharam força política e paulatinamente conquistaram lugar nos parlamentos.

A alteração da realidade social e política refletiu mais uma vez no plano jurídico. Em reação ao ideário individualista, ganham espaço as questões sociais, sobretudo a partir da concepção de que a sociedade é um todo orgânico (holismo), um sistema em que a cooperação entre todas as partes é fundamental para o bom desempenho do todo¹⁴⁶. A sobreposição dos interesses sociais aos individuais desfaz a base do individualismo moderno¹⁴⁷, passando-se do paradigma da individualidade ao da coexistencialidade; do Estado liberal ao Estado social.

Diferentemente do Estado liberal moderno que tomava como justas as relações contratuais entre os particulares pelo fato de terem nascido a partir da idéia de liberdade formal, permanecendo alheio às circunstâncias que as permeiam, o Estado social reconhece que os indivíduos não possuem o mesmo grau de liberdade¹⁴⁸, tampouco apresentam igualdade de condições sociais e econômicas, cumprindo-lhe assim tutelar os interesses coletivos e salvaguardar aqueles que se apresentem em posições de vulnerabilidade. O Estado assume, então, o papel de agente de transformação social, na distribuição de riquezas e na planificação social.

O Direito moderno revela-se instrumento inadequado para a efetivação de tal missão, já que não capta a diferença entre os indivíduos e os respectivos reflexos em sua liberdade de autocomposição. O modelo de contratos já não se adequa a uma sociedade industrial de relações massificadas, com pactos firmados entre desiguais e não raro

¹⁴⁶ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução Sérgio Bath. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 457-474.

¹⁴⁷ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87-95.

¹⁴⁸ Toma-se aqui a liberdade em seu sentido substancial. É o perfil da liberdade que acaba por ressignificar a autonomia privada. Enquanto a autonomia privada moderna fundava-se principalmente na liberdade como abstração, consistente em não submeter-se a intervenção estatal, o perfil da liberdade do Estado social é o da liberdade substancial, definida por Amartya Sen como a possibilidade efetiva de se fazer o que se valorize, e portanto, dependente de um conjunto elementar de capacidades que viabilize tal fazer (PIANOVSKI RUZIK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 56).

previamente redigidos, e sequer podem ser trazidos para o campo jurídico ante a clausura do modelo de sistema jurídico moderno.

Nessa toada, parece imprescindível a oxigenação tanto do Direito como do modo de pensá-lo, desencadeando a construção de um sistema jurídico poroso, permeável às informações a ele exógenas e capaz de incorporar elementos extralegais como “racionalidade material e conceitos como os de justiça contratual ou de justiça distributiva, de equilíbrio”¹⁴⁹, seja por meio de cláusulas gerais, como a boa-fé, seja por meio de princípios. Mesmo institutos fundamentais como propriedade e liberdade contratual passam a agregar deveres e responsabilidades sociais, passando-se da ética da liberdade formal moderna para a ética material de responsabilidade social¹⁵⁰.

Igualmente relevante para a transição do Direito Civil moderno ao contemporâneo foi o fenômeno da constitucionalização ocorrido sobretudo após o segundo pós guerra. Atônitos com os horrores perpetrados durante o conflito sob o manto de uma pretensa legalidade, muitos países de sistema jurídico romano-germânico, principalmente aqueles que viviam sob um regime autoritário, não tardaram em sancionar novas constituições, “capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana”¹⁵¹.

Ante o descompasso dessas novas constituições com os códigos novecentistas, ganha relevo o método da interpretação civil-constitucional desenvolvido por Pietro Perlingieri na Itália e difundido no Brasil sobretudo por Maria Cristina de Cicco, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Luiz Edson Fachin. Tal técnica hermenêutica “surge como opção viável de aplicação atualizada do Direito Civil, na medida em que autoriza a ampliação do circuito do sistema civil fechado para uma dimensão mais ampla, para uma dimensão civil-constitucional”¹⁵².

A interpretação civil-constitucional viabiliza e mesmo impõe a constante releitura do Direito Civil a partir da eficácia direta irradiada das normas constitucionais,

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Especificamente sobre travessia operada no Direito alemão, cujas características podem ser universalizadas ao continente europeu, narra Larenz: “La evolución a partir de entonces ha recuperado en gran medida lo que en aquel tiempo se perdió. Hasta 1945, y desde tal fecha, ha marchado en la República Federal, no en la dirección de un apartamiento de los fundamentos de la propiedad privada y de la libertad contractual, sino orientada hacia una más fuerte puesta de relieve de los deberes y responsabilidades sociales con aquéllos conectados, del principio de fe y de una protección de los sectores de la población socialmente más débiles (LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 67).

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

¹⁵² NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

buscando, em síntese, remodelar as categorias jurídicas do Direito Civil para nelas incluir valores constitucionais e buscar a máxima realização do projeto constitucional¹⁵³. Adotar tal metodologia implica reconhecer: a) a natureza normativa dos princípios constitucionais, que não se limitam ao papel secundário de suprir lacunas¹⁵⁴; b) a unidade e complexidade do ordenamento jurídico, que gravita em torno dos valores constitucionais e pelas órbitas por eles desenhada; e c) que a interpretação não pode limitar-se a subsunção do fato à norma, devendo comprometer-se com a aplicação sistêmica, dialética, aberta e plural do direito de modo a efetivamente realizar os valores consagrados na carta política¹⁵⁵.

Por derradeiro, a transição implicou também em mutações na função jurisdicional. Se ao juiz da modernidade cumpria apenas decidir os conflitos a partir de um processo lógico-dedutivo pelo qual aplicava o monismo dos códigos aos casos concretos, preocupando-se sobretudo com a segurança jurídica e a perfeição dos conceitos. Do juiz contemporâneo espera-se muito além: ainda que a lei seja omissa ou não dê conta de atender as vicissitudes apresentadas pela sociedade, caberá ao magistrado contemporâneo conferir-lhe interpretação integrativa, submetendo a solução jurídica à contraprova da realidade e aos valores sociais, mesmo que para isso seja necessário suprir eventuais omissões ou lacunas legislativas¹⁵⁶ por meio de sentenças manipulativas ou aditivas¹⁵⁷.

No campo dos contratos, procurou-se superar o formalismo jurídico e incorporar valores éticos e estabelecer mecanismos pelos quais o sistema jurídico pudesse estabelecer *inputs* para elementos externos aos pactos, como a vulnerabilidade das partes e as vicissitudes econômicas. Especificamente em relação ao Direito Civil brasileiro, a codificação de 2002 procurou assentar-se em três pilares: a eticidade, a socialidade e operabilidade.

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

¹⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: _____ (org.) *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18-21.

¹⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15; FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 117.

¹⁵⁶ “Isso remete à distinção corriqueira que se faz entre o conteúdo e o continente, ou entre a fotografia e a moldura. O sistema, enquanto continente ou moldura, enquadra pessoas, relações e coisas. Todavia, aquilo que está efetivamente contido não é tudo o que poderia sê-lo. Nem todos os objetos, portanto, são objetos de direito, e nem todos os que não são objetos deveriam deixar de sê-los. Integra a porosidade do jurídico a reconstrução contínua de conceitos e definições” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 193-194., p. 195).

¹⁵⁷ Como ocorreu, à guisa de exemplo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, J. 05/05/2011.

Com o primeiro procurou-se flexibilizar o rigorismo conceitual e a clausura do sistema jurídico moderno, incluindo no código cláusulas gerais e normas genéricas que permitam a apreensão de fatos e valores para a criação de modelos hermenêuticos, como são exemplo a positivação do abuso de direito (art. 187) e da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422); O segundo desloca o caráter individualista do Direito Civil até então vigente para um perfil social, funcionalizando institutos, como o contrato (art. 421) e a propriedade (art. 1.228, §1º), e estabelecendo regramento de proteção aos sujeitos considerados vulneráveis (art. 423). Por fim, o terceiro pilar, da operabilidade, tem por fim facilitar a interpretação e aplicação do Direito Civil, seja pela utilização de linguagem clara, seja pela elucidação de pontos controvertidos¹⁵⁸.

A contratualidade, em seu perfil contemporâneo, emancipou-se ainda do princípio da liberdade contratual em sua acepção absoluta, passando a submeter-se a normas cogentes que impõe não só obrigações de contratar como também do que contratar. Tais normas refletem-se nos fenômenos da transsubjetivação, pelo qual “quem contrata não mais contrata somente com quem contrata”, e da transobjetivação, pelo qual “quem contrata não contrata apenas o que contrata”¹⁵⁹. Autonomia privada e ordem pública superam o antagonismo para ingressar em relação de simbiótica complementariedade.

Esse brevíssimo esboço sobre a transição do Direito Civil, ainda que reconhecidamente represente um redutor de complexidade de um fenômeno muito maior e mais complexo, que não poderia ser satisfatoriamente contido nos limites do presente texto, presta-se para reconhecer as resiliências do Direito Civil típico da modernidade que marcaram as discussões sobre o silêncio nas obras da década de 1930 e, a partir delas, problematizar tais questões à luz do Direito Civil contemporâneo.

2.2. TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO NEGÓCIO JURÍDICO E A(S) POSSIBILIDADE(S) PARA O SILÊNCIO

Constituindo as três obras objeto do primeiro capítulo o ponto de partida da presente dissertação, é inexorável reconhecer as transformações sofridas pelo Direito

¹⁵⁸ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (org.). *Direito civil parte geral*. v. 2. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1172-1174.

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 30.

Civil da temporalidade em que foram escritas em relação ao seu atual estado da arte repercutiram também na posição ocupada pelo silêncio nessa mesma seara. Tais mudanças, sobretudo na teoria do negócio jurídico, permitem a releitura dos problemas que tangenciam a questão do silêncio no Direito Civil por meio de novas lentes, afinal, como escreveu Judith Martins-Costa, “não é nem pode ser estática a doutrina, nem estáticos os modelos que fornece. Tal qual os modelos jurídicos, os modelos doutrinários são condicionados pelos fatos e valores que os estruturam”¹⁶⁰, fazendo-se necessário reconhecer as resiliências do pretérito para, a partir delas, buscar possibilidades prospectivas, num movimento pendular entre tradição e antecipação.

Enquanto as teorias do negócio jurídico expostas no primeiro capítulo constituíam o plano de fundo dos marcos teóricos adotados pelos três autores brasileiros, neste ponto, já na travessia para o contemporâneo, cumpre expor as teorias do negócio jurídico desenvolvidas pelos marcos teóricos próprios deste texto e cujas concepções serão adotadas para a construção dos modelos jurídicos a que se propõe o terceiro capítulo.

Para tanto, propõe-se a examinar as teorias do negócio jurídico de quatro autores: Emilio Betti, Pontes de Miranda, Paulo Luiz Netto Lôbo e Antônio Junqueira de Azevedo, problematizando, também nelas, o *locus* do silêncio.

2.2.1. O negócio jurídico na teoria preceptiva de Emilio Betti

Dentre as teorias objetivistas do negócio jurídico, destaca-se a construção da teoria preceptiva de Emilio Betti, pela sua inegável originalidade. Ao desenhar o conceito de negócio jurídico, conferindo-lhe um novo significado, Betti parte dos problemas práticos derivados da autonomia privada para, através do negócio jurídico, buscar soluções. Seu ponto de partida, portanto, é mostrar que o negócio jurídico não pode consagrar um simples “querer”, vazio e individualista, mas pelo contrário, visa a garantir a autonomia privada na vida em relação, tutelando os interesses do tráfico que se mostrem dignos de proteção.

A originalidade se apresenta não na função meta individual do negócio, já afirmada em teorias anteriores, mas no conceito por ele traçado: para o autor, negócio jurídico “é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: _____. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31.

com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo”¹⁶¹.

Extraí-se de tal conceito que o autor abandona o senso comum pelo qual o negócio jurídico é uma figura estanque caracterizada por uma ou mais declarações de vontade voltadas a um resultado. Mais do que isso, critica veementemente tais concepções, atribuindo-lhes como causa uma espécie de inércia mental de quem não compreende a essência dessa figura jurídica¹⁶². Forte nessa crítica, Betti não se limita a emprestar um novo significado para o significante *vontade*, ou para *declaração*, sem superar a velha fórmula. Prefere outra, atualizada de acordo com os elementos e com a função por ele redesenhados.

Ao invés de apresentar de pronto os elementos que compõe o negócio, o autor põe-se a responder três perguntas sobre o negócio jurídico cujas respostas permitirão encontrar tais elementos: a) *como é* (qual a forma); b) *o que é* (qual o conteúdo); e c) *por que é* (qual a causa). As duas primeiras tratam da estrutura do negócio, a terceira de sua função.

A resposta à primeira questão é construída a partir de um raciocínio lógico-dedutivo e de imperativo social: sua premissa maior é de que os fatos sociais devem ser necessariamente cognoscíveis, por exigência da vida em relação. A premissa menor é de que tanto a autonomia privada quando o negócio jurídico são fenômenos sociais. Inexoravelmente, sua conclusão é de que negócio jurídico deve ser igualmente cognoscível.

Desse modo, o negócio não pode *ser* uma vontade, que é invisível. Para que seja socialmente reconhecível, o negócio precisa ter “*formas* representativas idôneas para conservar a marca de seu autor e a tornar reconhecível o sentido nela objetivado”. Construídos os pilares que sustentarão sua resposta, define a forma do negócio (como

¹⁶¹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 88.

¹⁶² “Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translúcida por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, frágil e incolor, inspirada no ‘dogma da vontade’, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como *fato social*: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a ‘querer’, na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objetivamente. Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para outros, o objeto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que ele estabelece em seu interesse, para as relações com os outros. Com o negócio, ele não pode limitar-se a manifestar um estado de espírito, um modo de ser do querer, que teria uma importância psicológica puramente individual; mas deve apontar um critério de conduta, estabelecer uma relação de valor normativo” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 91-92).

ele é) como um “ato”, gênero do qual podem ser espécies tanto as declarações quanto os comportamentos, ambos socialmente cognoscíveis e capazes de exprimir a “marca de seu autor”.

Enquanto o signo declaração agasalha o “ato conscientemente destinado a ser conhecido por outros, dando-lhes conhecimento de um determinado conteúdo”, comportamento é tido como uma forma indireta de manifestação, que embora possa não ter a deliberada função de dar conhecimento de certo conteúdo negocial, permite que tal conteúdo seja reconhecido com o sentido que lhe é dado pela experiência comum, característica que o torna *concludente*¹⁶³. A distinção, em síntese, se dá pela forma direta ou indireta de comunicação, e não pela existência ou não de uma específica intenção de noticiar.

A concludência do comportamento exclui a necessidade de consciência do agente quanto ao sentido que possui, fundando-se, em verdade, em dois pontos: na *coerência* que deve informar todos os comportamentos de quem vive em sociedade e na *autorresponsabilidade* própria do agente, que tem o dever de conhecer o sentido comum de seu comportamento. Reúne, aí, os fundamentos da teoria da declaração e da responsabilidade.

E o que seria esse negócio contido em uma declaração ou um comportamento? Para Betti, o negócio jurídico é um *preceito da autonomia privada*, um estatuto dirigido a interesses próprios de quem o estabelece. Noutras palavras, o negócio jurídico é uma *regra de proceder* criada pelas próprias partes para regular seus interesses. O ato exterior produzido pelas partes não é, portanto, um instrumento de objetivação de sua vontade, mas antes o elemento genético de uma regra que as enlaça¹⁶⁴.

¹⁶³ Nas palavras de Betti, o comportamento é “um determinado modo de se comportar, embora não sendo, deliberadamente, destinado a dar notícia de um dado conteúdo preceptivo àqueles a quem interessa, pode, todavia, adquirir, no ambiente social em que se desenvolve, significado e valor de declaração, na medida em que torna reconhecível, de acordo com a experiência comum, uma certa tomada de posição, a respeito de alguns interesses que afetam a esfera jurídica alheia, naquela parte em que interfere com a do sujeito. No comportamento concludente, que consente e impõe, por lógica coerência, semelhante ilação há uma manifestação que, em contraposição à direta ou explícita, se qualifica de indireta, ou implícita” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 205).

¹⁶⁴ Esse é o único ponto da teoria de Emilio Betti criticado por Orlando Gomes, que, no mais, toma-a como notável desenvolvimento das teorias objetivas. Quanto a formação de um *preceito*, de natureza normativa, diz o autor: “Não possuem os particulares poder normativo. Por preceito se deve entender, como corretamente o conceitua Scognamiglio, a disposição que implica o poder de um sujeito de determinar a obrigatória linha de conduta a outras pessoas. Mediante negócio jurídico não se estatuem preceitos, pela razão intuitiva de que os particulares não podem emití-los, a ninguém sendo permitido impor a outrem norma vinculante, por força própria. Provém o equívoco dos termos do conceito de autonomia privada. Definindo-se-a como o poder de auto-regulação dos próprios interesses, interfere a ideia de regulamento e, em consequência, a de eficácia vinculante. Como a noção de regulamento implica

Eis aí a estrutura do negócio: um preceito regulador do interesse das partes, contido em sua declaração ou comportamento. Finalmente, o autor funcionaliza o negócio jurídico a partir da razão econômico-social que o caracteriza (portanto, uma função típica), que ao mesmo tempo reflete os efeitos desejados por quem o realiza, mantendo, por meio da função, o que antes era tido como elemento do negócio, notadamente a consciência das partes sobre os efeitos (práticos ou jurídicos) que deram origem ao negócio, ou seja, sua *causa*.

Essa concepção de negócio, ainda que pertencente às teorias objetivas, logra salvaguardar espaço para a vontade no negócio jurídico como elemento de sua gênese, e que, portanto, mantém sua natureza de ato voluntário, mas não já constituindo elemento essencial do negócio. No negócio desenhado por Betti o preceito e a vontade estão em planos diversos. O preceito, conteúdo do negócio, dirige-se a regular interesses para o futuro, ao passo que a vontade se esgota no plano externo e anterior ao negócio, especificamente em sua gênese, não integrando seu conteúdo¹⁶⁵.

Da mesma sorte, a vontade de efeitos jurídicos é preservada ao funcionalizar o negócio em razão da causa econômico-social que lhe caracteriza o tipo. Quem realiza um negócio não o faz apenas para constituí-lo, mas o faz para atingir finalidades práticas que podem ser realizadas a partir de uma das muitas formas às quais o Direito confere tutela.

Ao assim realocar e redefinir a vontade relativa aos efeitos do negócio, o autor implicitamente critica parte da doutrina objetivista que releva a vontade ao querer realizar o negócio, e de igual modo, contorna a crítica que fora feita àqueles que exigem a vontade de produção de efeitos jurídicos, ao expressamente definir o *telos* da vontade como fins práticos.

A veemência de sua crítica ao dogma da vontade não permitiu que sua teoria tivesse uma válvula de escape que viabilizasse à parte impugnar o negócio com base na divergência entre os efeitos por ela subjetivamente desejados e os efeitos jurídicos

a de vínculo, supõe-se que as partes, ao disciplinarem seus interesses mediante contrato, estão a estatuir normas. O contrato seria, desse modo, fonte normativa. (...). O negócio jurídico não pode constituir um comando porque, como adverte Scognamiglio, postula o comando uma posição de supremacia de um sujeito sobre o outro a ele subordinado, que não pode configurar-se em um negócio, visto que não pode se dirigir a outros particulares, e, muito menos, ao ordenamento, pelo que ficaria sem destinatário. Nem mesmo a si próprio dita norma o particular que regula seus interesses mediante negócios jurídicos” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 70).

¹⁶⁵ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 93.

produzidos pelo negócio. Antevendo essa possível interpretação, Betti inclui em sua definição o desiderato de atingir os efeitos práticos “típicos” daquele negócio. Assim, quem pratica a compra e venda tem por fim os efeitos próprios, típicos, desse negócio, notadamente a transmissão da propriedade. É um fim econômico-social, e não propriamente jurídico. Mesmo em negócios atípicos, e que portanto não tem os efeitos objetivamente definidos, como *e. g.* o contrato de distribuição, há efeitos socialmente típicos a ele usualmente atribuídos. Tal fórmula permite que também a causa do negócio seja objetivada, tomando o sentido socialmente conferido àquele tipo negocial¹⁶⁶.

Também adotaram teorias *preceptivas* do negócio jurídico autores como Karl Larenz¹⁶⁷, na Alemanha, e Pedro Pais de Vasconcelos¹⁶⁸, em Portugal.

Diante da proximidade da teoria preceptiva de Betti com a teoria da declaração, os regimes jurídicos que essas teorias traçam para o silêncio também se assemelham. Inobstante, o jurista italiano logrou dar um passo a mais ao antever a importância da questão e sobre ela se debruçar detidamente.

Tratando do tema, já de início descarta a possibilidade e mesmo a pertinência de se analisar o silêncio sob o prisma de um negócio sem manifestação alguma, hipótese que apresentaria evidente situação de não configuração de negócio jurídico. Também afasta as hipóteses em que a vontade possa ser reconhecível independentemente de qualquer exteriorização, já que o cerne de sua teoria é a cognoscibilidade do preceito regulador do interesse das partes. Isso não impede, porém, que a vontade seja reconhecível por meio de atos indiretos, ou mesmo omissivos, como o silêncio. A exteriorização é imprescindível, mas pode se dar por um ato omissivo, como o silêncio.

Excluídas essas hipóteses, entende inexistirem motivos aptos a excluir o silêncio dentre as espécies de atos capazes de formar negócios jurídicos, seja ele exteriorizado por uma declaração ou por um comportamento:

¹⁶⁶ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 251-255. No Direito Civil brasileiro a causa não ocupa relevante posição como elemento do negócio jurídico, por escolha legislativa. Há autores, no entanto, que a tomam como elemento interpretativo e mesmo como requisito de validade (quando causa pressuposta mostrou-se inexistente) ou fator de eficácia (quando causa final, atuando similarmente a uma condição resolutiva) do negócio jurídico causal, como o faz Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 149-161).

¹⁶⁷ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 427-428.

¹⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 247.

Se ao comportamento andam ligados efeitos jurídicos, em consideração da sua conformidade com a intenção normal que o determina, deverá reconhecer-se-lhe o valor de negócio, quer ele configure uma verdadeira declaração, ainda que silenciosa, ou se concretize numa conduta concludente. Desse modo, quem, tendo a concreta possibilidade, o interesse ou o dever de falar, e, em particular, de contradizer, omite, conscientemente, fazê-lo perante aqueles a quem deveria declarar a sua oposição, faz uma declaração silenciosa de consentimento (lembremo-nos do silêncio do alienante na *mancipatio* e na *in iure cessio* romanas), ou manifesta, indiretamente, o seu assentimento à iniciativa alheia, quanto aos próprios interesses¹⁶⁹.

O significado exprimido pelo silêncio, entretanto, não poderá ser dado aprioristicamente, dependendo antes de uma apreciação que leve em conta a temporalidade histórica, os usos e a consciência social (costumes), eventuais qualificativos das partes envolvidas (como a profissão) e as circunstâncias que o cercam, a fim de atingir-se a maior objetivação possível quando da interpretação do ato.

Há, ainda, tipos contratuais que permitem, por sua própria natureza, a ilação de que o silêncio comporta aceitação. Essa conclusão é extraída tanto da regulamentação legal de alguns contratos, como o de comissão, em que o Código Civil italiano confere, na ausência de disposição em contrário, presunção de poderes mais amplos ao comissário¹⁷⁰, como do reconhecimento social de que comerciantes e pessoas envolvidas no trânsito jurídico em geral sabem qual o significado de cada ato no mundo dos negócios, inclusive aqueles atribuídos ao silêncio.

A questão aqui não é saber o que imaginava o silente, mas quais ilações podem ser retiradas de seu silêncio por terceiros e pela outra parte, de acordo com os critérios gerais do comércio. O efeito do silêncio, nessas hipóteses, tem justificação tanto individual, pela qualificação do silente, quanto social, pelo gênero da atividade que ele desenvolve¹⁷¹.

Emilio Betti também analisa os casos clássicos (e já mencionados) em que a problemática do silêncio foi explorada, notadamente o da alteração de cláusulas contratuais nas faturas de mercadoria e da remessa de livros e jornais não solicitados, concluindo que em ambos os casos o silêncio de quem os recebe só poderia ser admitido como ato de aceitação se as partes já estivessem em relações negociais (critério que não faz muito sentido para a hipótese das faturas de mercadorias, já que estas representam

¹⁶⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 209-210.

¹⁷⁰ Art. 1732 Operazioni a fido: Il commissionario si presume autorizzato a concedere dilazioni di pagamento in conformità degli usi del luogo in cui compie l'operazione, se il committente non ha disposto altrimenti.

¹⁷¹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 213.

justamente um ato de execução de uma relação negocial preexistente), de modo que quem as receba não seja surpreendido, mas pelo contrário, já poderia prever o envio da fatura ou da coisa¹⁷².

A conclusão apresentada nessas hipóteses, *permissa venia*, não parece de todo compatível com a teoria preceptiva por ele desenhada, fazendo crer que em verdade o autor admite que as relações anteriores criam um dever de responder cuja sanção seja a instauração da relação jurídica, mas essa concepção se aproxima muito mais da teoria da responsabilidade do que da teoria preceptiva por ele desenvolvida¹⁷³. Não sendo esta a razão, talvez o autor tenha sido influenciado pela jurisprudência italiana, por ele citada, que em diversos casos admitiu a alteração de cláusulas contratuais nas faturas de mercadorias face o silêncio de quem as recebeu.

Nas hipóteses, o único critério apresentado para apreender-se o sentido do silêncio, notadamente a existência de prévia relação negocial, compreende mais do que deveria, e não se compatibiliza com os critérios gerais traçados para tal fim. Por certo, não se pode extrair desse silêncio a *intenção normal* de quem aceita um produto oferecido ou modifica as cláusulas de um contrato. Também não se pode assumir que, pelos usos do tráfico jurídico, o sentido comum atribuído a tais omissões seja o de aceitação. Dessa sorte, apenas circunstâncias especiais permitiriam chegar a conclusão pela aceitação, como a remessa anteriores de livros adquiridos e cuja aceitação se deu pelo silêncio, ou a superveniência de alguma circunstância fática influente sobre o contrato que levaria o destinatário das mercadorias, ou qualquer outra pessoa na mesma situação, a esperar uma alteração da relação formada sobre uma situação fática diversa.

Às luzes da própria teoria preceptiva, a mera existência de relações anteriores não permite concluir que aquele que fez apenas uma compra de um livreiro, há considerável período de tempo, por meio de pedido expresso e mediante o encaminhamento do respectivo pagamento, tenha sua omissão interpretada como

¹⁷² BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 211.

¹⁷³ Em outros pontos da obra o autor também se refere a formação do negócio jurídico a partir “da lógica consequência do não cumprimento de um ônus de resposta (retificação ou desmentido), que corresponde às necessidades do comércio e da boa-fé” (*op. cit.*, p. 214), o que lhe aproxima muito da teoria da responsabilidade. No entanto, não há uma clara elucidação da origem ou da natureza do aludido dever de resposta, tampouco de seu alcance e limite. Neste ponto, a referência a boa-fé se torna vazia, justamente por não elucidar qual a atuação desta na formação de tal dever. Por derradeiro, cumpre apontar que a aproximação do autor com a teoria da responsabilidade é reafirmada em momento posterior da obra, em que expressamente se evocam os fundamentos daquela teoria, notadamente ao sustentar que “liberdade e auto-responsabilidade são termos correlativos que no mundo social se pressupõe e se evocam alternadamente” (Idem, p. 240).

aceitação, afinal, nunca o fez por essa forma, não era esse seu hábito, tampouco havia outras circunstâncias que permitissem assim concluir.

Até se poderia cogitar da assunção do sentido positivo do silêncio pelo critério das relações anteriores se este estivesse acompanhado de outros elementos que viabilizassem tal conclusão, como a qualidade das partes (pensa-se, por exemplo, na reserva de acomodações endereçada a um hotel por de e-mail, quando lá já se hospedou), ou pelos usos, como é exemplo a doação operada por meio de brindes ou exemplares gratuitos, dos quais não se espera aceitação de outra forma que não pelo silêncio¹⁷⁴.

2.2.2. O negócio jurídico de Pontes de Miranda

Na doutrina brasileira, há pelo menos três percepções sobre o negócio jurídico que merecem destaque, seja pela profundidade da análise, pela influência que operou no meio jurídico ou por sua originalidade. São elas, nomeadamente, as posições de Pontes de Miranda, Paulo Luiz Netto Lôbo e Antônio Junqueira de Azevedo. Cada qual autoriza, igualmente, uma operabilidade própria para a questão do silêncio.

Pontes de Miranda foi possivelmente o maior jurista brasileiro de todos os tempos, seja pela extensão ou pelo refinamento teórico de sua obra. Festejado não só entre nós, havendo quem o considere “o maior privatista e o maior publicista, nesse século, no continente americano”¹⁷⁵, como também na Alemanha¹⁷⁶ e em outros países, sua obra até hoje representa um marco do Direito Brasileiro. Dentre seus maiores méritos, destaca-se a sistematização da teoria do fato jurídico, na qual se insere o negócio jurídico.

¹⁷⁴ A crítica ora exposta se faz necessária não tanto pela conclusão exarada pelo autor, mas para que não parem dúvidas sobre as características da teoria ora descrita, ou ao menos da acepção em que ela foi compreendida.

¹⁷⁵ VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama: 2010, p. 37.

¹⁷⁶ Jan-Peter Schmidt, pesquisador do renomado Instituto Max Planck de Hamburgo, em texto sobre o autor, constata a relevância e prestígio do mestre alagoano: “Pontes de Miranda, para mim, sempre tem sido um dos juristas brasileiros mais fascinantes, se não o mais fascinante de todos. Os motivos são vários. Antes de tudo impressiona sua produção literária, nem tanto pela sua quantidade, mas sobretudo pela enorme variedade de temas tratados: todas as áreas do direito privado, direito constitucional, direito processual, sociologia, filosofia, matemática etc. Minha admiração chegou a um novo patamar quando, há alguns meses, chegou me às mãos um texto em que Pontes de Miranda discutia a teoria de relatividade de Albert Einstein! O trabalho foi apresentado em um congresso internacional de filosofia, e considerado apto a ser incluído nas respectivas atas. Consta que o próprio Einstein aprovou as ideias de Pontes de Miranda” (SCHMIDT, Jan-Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014, p. 1).

O autor toma a autonomia da vontade¹⁷⁷ como o princípio que justifica a admissão, pelo Direito, de que os indivíduos, por sua vontade, possam compor o suporte fático de certos atos jurídicos, como os negócios. Enquanto nos atos jurídicos *stricto sensu* os efeitos são determinados pelo próprio ordenamento jurídico, nos negócios jurídicos o Direito faculta às partes a escolha da categoria jurídica e do conteúdo da respectiva relação jurídica, definindo-lhes no entanto os limites no quais podem atuar. Assim, a regra que trata da autonomia da vontade não define um *numerus clausus* dos negócios jurídicos que podem ser formados, pelo contrário, admite sua atipicidade, ainda que definindo o que é necessário (e suficiente) para formá-los (traçando quais os elementos que compõe o seu suporte fático), para que sejam válidos e para que deflagrem efeitos jurídicos. Efeitos, estes, que não decorrerão da vontade, que opera no mundo dos fatos, mas do próprio ato jurídico negocial.

Pontes de Miranda assim define o negócio jurídico:

“O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. A pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou declarações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou declarações, a manifestação ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas. É o mesmo dizer-se, tecnicamente: sendo livre de declarar ou manifestar a vontade, a pessoa declara-a ou manifesta-a; e a regra jurídica introduz no mundo jurídico a sua vontade”¹⁷⁸.

Noutro ponto da obra sintetiza e complementa tal conceito da seguinte forma: “*negócio é declaração privada de vontade que tende a produzir resultados jurídicos, - resultados conhecidos ao querer do declarante. Entrando no mundo jurídico, faz-se negócio jurídico*”¹⁷⁹.

Desse conceito é possível extrair a principal diferença entre a concepção de negócio jurídico apresentada por Pontes de Miranda e aquelas que o precederam. Trata-

¹⁷⁷ O autor utiliza o termo autonomia pois entende que o termo autonomia privada não é preciso. O vocábulo ‘privada’ nele contido faria crer que não existe auto-regulamento de vontade no campo do direito público. Caracterizando-se o auto-regulamento da vontade pela possibilidade de compor atos jurídicos cujo elemento nuclear é a vontade, torna-se indiferente em que campo do direito eles se realizem (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111).

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Consta (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 168.

¹⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXII. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111

se em verdade de crítica às teorias que confundiram o negócio jurídico, enquanto categoria, com os elementos que compõe o seu suporte fático. Negócio não é declaração ou manifestação de vontade, mas o fato jurídico deflagrado a partir da incidência normativa sobre a declaração ou manifestação que preencha o suporte fático do negócio jurídico enquanto categoria abstratamente prevista.

“Negócio jurídico é classe de fatos *jurídicos*; e não de suportes fáticos”. Para quem confunde negócio com os fatos que o compõe, não poderia haver negócio nulo, anulável, ou rescindível, eis que atribuições apenas fazem sentidos quando dirigidas a fatos jurídicos, e não a fatos do plano da vida. Não há como se cogitar de uma vontade, enquanto elemento interno, nula ou anulável¹⁸⁰. Este é um dos pontos que revela o valor da sistematização cientificamente construída pelo autor ao enunciar a teoria do fato jurídico.

Ao tratar especificamente das teorias da vontade e da declaração, Pontes de Miranda demonstra como nenhuma das duas pode ser admitida em sua integralidade como suficiente a resolver as diversas espécies de negócios jurídicos e as situações deles derivadas.

A teoria da vontade é apresentada como *tese* pela qual se atribui à vontade os efeitos não legais do negócio jurídico, sendo ela que, dirigida à eficácia, criaria o negócio. Em *antítese*, a teoria da declaração prega a não essencialidade da vontade, eis que a lei atribui efeitos à manifestação, ainda que a vontade fosse outra. Contra tal argumento, os defensores da *tese* ilustram que em certos negócios jurídicos, como os fiduciários¹⁸¹, é a vontade ela própria que dirige os efeitos. Também quem rasga o testamento particular apenas o revoga se tinha vontade de revogar; se o faz crendo tratar-se de outro documento, não o revoga. Quem deixa coisa móvel sem a intenção de abandoná-la, não lhe perde a propriedade por abandono¹⁸²⁻¹⁸³.

¹⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

¹⁸¹ Segundo o próprio autor, negócio fiduciário tem espaço quando se realiza uma transmissão com uma finalidade outra que não a da própria transmissão, de modo que o negócio tem por finalidade transmitir a pessoa diversa daquela a quem se aliena, ou a transmitir para que se realize um outro fim. Exemplifica: “A transmite a C, para que C transmita a B; A transmite a B, para que B administre; A cede a C crédito contra B, para que o cobre a B” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 177).

¹⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 90.

Apenas encontrando a síntese entre tais teorias, e portanto, não reduzindo o negócio apenas a vontade ou a declaração, é que se poderia traçar um perfil coerente para o negócio jurídico. Há negócios em que a vontade tem papel prevalente, como nos já mencionados negócios fiduciários. Há negócios que, para além da vontade, exige-se determinada forma para sua constituição (negócios formais), e noutros, o papel da vontade é ínfimo comparado ao da declaração, como no casos de derrelicção¹⁸⁴. Porém, sendo a vontade um elemento essencial do negócio jurídico, sua ausência permitirá a formação de outros fatos jurídicos, como do ato-fato, mas não já do negócio jurídico.

Diante da diversidade de modelos de negócio jurídico, cada teoria se mostra mais adequada a interpretação de um tipo de negócio, conforme seja-lhe mais relevante a manifestação ou a vontade. Outrossim, adotar puramente a teoria da declaração impossibilitaria a distinção entre ato-fato jurídico e negócio jurídico. “Não há, porém, nenhuma conveniência em ater-se o intérprete a qualquer delas. (...) A questão é de

¹⁸³ O exemplo do abandono merece algumas considerações para que se faça coerente com a posição do autor, sob o risco de, não o fazendo, levar o leitor ao erro de crer que para Pontes de Miranda, na derrelicção (ou abandono da propriedade) a vontade interna prevalece sobre a manifestada. A necessidade de intenção decorre da interpretação sistemática do Direito Civil, especificamente da redação do parágrafo único do art. 592 do Código Civil de 1916: “volvem a não ter dono as coisas móveis, quando o seu as abandona, com intenção de renunciá-las”. Como se vê, exige-se a *intenção* de ‘renúncia’. Não se está tratando, por óbvio, de renúncia, mas de abandono, figura distinta que não necessita da formalidade daquela. Ao exigir a intenção de abandono para suprir o suporte fático, não admite que aquele que involuntariamente deixou cair algo na rua, sem sua vontade, perca o direito de propriedade sobre a coisa. É essa a teleologia da exigência volitiva. Disso não se pode concluir que na derrelicção a vontade a ser perquirida pelo interprete seja a interna, psicológica. Pelo contrário, a vontade a ser interpretada é a vontade do ato, de abandonar, e portanto, a vontade manifestada. Quem joga algo à rua pela janela do carro, o abandona, pois ao fazê-lo manifestou a vontade de abandoná-lo, diferentemente de quem o perder, que nada manifestou.

¹⁸⁴ Outro apontamento importante é a classificação da derrelicção como negócio jurídico. Não havendo correspondente do revogado parágrafo único do art. 592 do Código de 1916 no atual Código Civil, a doutrina contemporânea adepta da teoria ponteana do fato jurídico classifica o abandono como ato-fato jurídico, eis que seu suporte fático se satisfaz com a realização do próprio ato. Assim, Luciano Camargo Penteado: “por esta modalidade perde-se a propriedade sem que se tenha que falar em negócio jurídico. Para sua configuração, basta uma intenção inequívoca de não conservar mais o bem no patrimônio do abandonante, manifesta por algum ato, mesmo que seja a perda da posse com intenção de definitividade” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 374), e Paulo Lôbo, para quem o abandono “é ato-fato jurídico, pois a vontade ou a intenção, que está em sua gênese, é desconsiderada pelo direito, que apenas apanha o resultado material do abandono” (*Direito Civil: coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167). Pontes de Miranda, porém, toma-a como negócio jurídico unilateral, cujo suporte fático é composto pela conjugação de uma “manifestação de vontade e o ato real, que é o abandono da posse. Esse, de regra, exprime, pelo mesmo ato, o abandono da propriedade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XV. Atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Jr. e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 501-505). Na maior parte dos casos, não haverá diferença prática entre as concepções, eis que a vontade é inferida do próprio ato real, que a manifesta, de modo que, para ambas as teorias, bastará o ato real para a realização do suporte fático. A diferença está em hipóteses especiais em que do ato real não se poderá inferir a intenção de abandono, como no caso daquele que arremessa um objeto visando a atingir uma pessoa, e não abandoná-lo.

interpretação das leis, e não de interpretação dos atos jurídicos”¹⁸⁵. Noutras palavras, a depender do desenho típico dado pela lei a cada negócio jurídico, a interpretação deverá conferir maior valor à manifestação ou à vontade.

Nesses termos, o suporte fático do negócio jurídico ponteano terá como elemento nuclear a vontade e como elemento completante a sua respectiva declaração¹⁸⁶ (*lato sensu*), além da capacidade de direito, já que o negócio, como classe dos fatos jurídicos, subordina-se aos requisitos de sua categoria.

É preciso ter em mente de que vontade e de que declaração se está a tratar. Ou seja, é salutar antes definir qual o significado que o autor empresta a cada um dos respectivos significantes.

A vontade que interessa a Pontes de Miranda não é a mesma de Zitelmann, referente às intenções psicológicas do indivíduo. A concepção ponteana exige duas vontades na composição do negócio jurídico: a) a vontade que é o conteúdo do negócio, *e.g.*, a vontade de comprar ou vender um bem imóvel, e b) a vontade de declarar, realizada pelo ato de exteriorização da vontade conteúdo. Assim, ao assinar uma escritura pública de compra e venda, o autor declara, simultaneamente, a vontade de vender e a de exteriorizar tal venda¹⁸⁷.

Essas vontades não são tomadas como elemento psicológico, como o fazia a teoria da vontade. Para Pontes de Miranda, a vontade não deve ser buscada no interior do indivíduo, mas em sua manifestação ou declaração. É a partir dela que se extrai tanto a vontade de negócio quanto a vontade de declaração, de modo que os vícios que atinjam a declaração invalidam o negócio, posto que excluem a vontade de declaração, mas os vícios que atinjam a vontade de negócio já não o invalidam, pois tal vontade é aferida pela declaração, sendo irrelevante a discrepância da vontade interna, conclusão corroborada pela subsistência da vontade manifestada mesmo em caso de reserva mental¹⁸⁸.

¹⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 91.

¹⁸⁶ “Não há negócio sem vontade de negócio. Vontade de negócio, e não só declaração de vontade; mais: vontade de negócio, sem ser essencial a receptividade”; “No suporte fático do negócio jurídico, há de estar declaração suficiente de vontade ou manifestação suficiente de vontade” (*Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 58 e 64, respectivamente).

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 168.

¹⁸⁸ “A vontade, que se leva em consideração, é a vontade manifestada; não a interna. Se assim não fosse, poder-se-ia desconstituir o negócio jurídico com a alegação de reserva mental. A vontade nas relações

A vontade, portanto, é tomada em sentido *objetivo* quanto a vontade de negócio, e em sentido *subjetivo* quanto a vontade de declaração. Não invalida o negócio a reserva mental, mas o faz a coação, eis que atinge a vontade de declarar. Exemplo caricato dessa conclusão é dada pelo autor no parágrafo em que trata das manifestações de vontade em acordo, no qual afirma que “quem assina documento em branco, ainda que não tenha intenção de enchê-lo, expressa vontade de manifestar quanto a tudo que se ponha acima de sua assinatura”¹⁸⁹. A vontade de declarar está na assinatura, e, devendo a vontade de conteúdo ser buscada na vontade de declarar, está também ela na própria assinatura.

Também não é necessário para a constituição do negócio jurídico que a vontade que lhe forma seja dirigida à produção de efeitos jurídicos. A vontade é suporte fático do negócio jurídico, e é este que produzirá os efeitos próprios. O que é necessário, então, é que a vontade seja dirigida à formação do negócio¹⁹⁰. “A vontade pode não ser dos efeitos jurídicos: quem compra não pensa na *actio empti*; pensa em vir a adquirir a coisa, o que não depende só da compra e venda; pensa no negócio jurídico”¹⁹¹, e assim, de seus efeitos próprios. É esse negócio jurídico, já não como suporte fático, mas como fato jurídico, que produzirá efeitos a partir da incidência.

Daí se percebe que o fato de o autor adotar a vontade como cerne do negócio jurídico não o coloca dentre os adeptos da teoria da vontade, tampouco confere a essa relevância tamanho que prejudique a confiança de terceiros ou o tráfico jurídico.

Quanto ao continente declaração, não lhe toma apenas com o conteúdo de seu sentido estrito, qual seja o de “de-clar-ações”, de deixar claro por ações. Pelo contrário, toma-o em sentido amplo, admitindo não só declarações de vontade propriamente ditas, como também as declarações tácitas de vontade, próximas das declarações ordinárias no

inter-humanas é a que importa; não a que se conserva no íntimo. (...) A intenção (= vontade de negócio) é elemento relevante, necessário, do suporte fático dos negócios jurídicos. Mas a intenção que importa é aquela que está na vontade, que se declarou, ou manifestou. Não se exige, em consequência, a que encheu outra vontade: a intenção que se procura, ou se revela de si-mesma, é a da declaração de vontade ou a da manifestação de vontade. A interpretação dos negócios jurídicos é – aí – interpretação do seu suporte fático, mesmo porque dizer se o negócio é A ou B é *descida* à declaração de vontade, ou à manifestação de vontade, que entra na composição do suporte fático. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184-185).

¹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 506.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 196.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 169.

sentido de exteriorizar a vontade de forma clara, mas diversa por fazê-lo de modo silente, e ainda por atos declarativos de vontade, ou manifestações de vontade, nas quais há apenas indício da vontade manifestada¹⁹². Nessas linhas, o silêncio pode ser tanto declaração expressa de vontade, quando for claro o sentido volitivo que exprime, quanto manifestação de vontade, quando houver indício da vontade por ele exteriorizado.

Sendo a declaração fruto de uma “vontade de declarar”, submete-se também ao requisito da consciência do declarante, já que a vontade há de ser consciente. Não basta que se exteriorize uma vontade, é preciso que o declarante saiba que está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio do ato. “A exigência da *consciência da vontade* não significa que o figurante precise manifestá-la com a ciência e a intenção de que está praticando ato jurídico”¹⁹³. Exige apenas consciência de seu sentido prático, pois, se quis o negócio, quis também a eficácia dele.

Exemplo é o do sócio que, em assembleia na qual os votos são manifestados sentando-se ou permanecendo de pé, senta porque *ia* perder os sentidos. Não há aí vontade de aprovação, eis que ao sentar não teve consciência de estar votando, mas de tentar evitar a perda dos sentidos. Do mesmo modo, aquele que de fato *perde* os sentidos e se senta nada manifesta, eis que o faz de forma inconsciente¹⁹⁴. Em ambos os casos, a ausência de consciência implica igualmente na inexistência do negócio.

Ainda que pelo exposto já se possa intuitivamente inferir a posição do autor para as hipóteses em que haja divergência entre vontade e declaração, cumpre torna-la clara. Nas palavras de Pontes de Miranda, “a discordância entre a vontade e a declaração não se resolve a favor da declaração, mas, provisoriamente, a declaração de vontade é que importa”. Provisoriamente porque, como visto, para a constituição do negócio jurídico, tanto a vontade de negócio quanto a de declaração se encontram nesta, de modo que, invariavelmente, será esta o elemento preponderante. Mas isso ocorre pois se está pensando no nascimento do negócio jurídico, ou seja, no plano da existência.

¹⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 56-57.

¹⁹³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 196. Para a irradiação de outros efeitos, que não os típicos do negócio, serão necessários outros elementos volitivos, de natureza acidentais ao negócio, cuja presença já não é essencial a sua formação.

Se neste plano prepondera a declaração, no plano da validade a preponderância não permite uma resposta *a priori*, dependendo antes da opção legislativa e da avaliação das circunstâncias. À guisa de exemplo, na hipótese de reserva mental ou de erro não-essencial, a divergência não implica invalidade do negócio, preponderando, portanto, a declaração. De outro lado, nas hipóteses de erro essencial ou de formação do negócio derivar de dolo da outra parte, prevalecerá a vontade face a declaração, invalidando o negócio¹⁹⁵.

Vários são os contributos de tal teoria para o reconhecimento do silêncio como fato jurídico. O primeiro deles é o reconhecimento do silêncio como fato capaz de integrar o suporte fático dos negócios jurídicos como declaração ou manifestação de vontade. A teoria ponteana reconhece que a vontade que compõe o negócio jurídico pode ser não só manifestada por palavras ou gestos, mas também por declarações silentes (tácitas) de vontade¹⁹⁶.

Não o faz apenas por uma concepção particularista, mas por acreditar que tomar o silêncio como forma de declaração ou manifestação de vontade permite a sistematização do próprio negócio jurídico, evitando as ficções a que têm de recorrer as teorias que não admitem o silêncio como formador do negócio jurídico para justificar a formação de contratos “sem” aceitação:

O silêncio, quer a lei lhe dê suficiência para o suporte fático, quer apenas ele se substitua à manifestação expressa ou tácita de vontade, integra o negócio jurídico bilateral. Tem-se querido negar a manifestação de vontade que pode consistir em silêncio. Com isso, estabelecida ficaria inevitável contradição: o negócio jurídico seria bilateral, mas faltaria um dos lados. A fantasia das condutas socialmente típicas e dos elementos fáticos, em vez de atos, nos negócios jurídicos, levou até isso¹⁹⁷.

¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 185-186.

¹⁹⁶ “Alguns atos adeclarativos (manifestação simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade *tácitas*: tal é, por exemplo, a revogação do testamento pela destruição (art. 1.749). Tácito, aí, significa ‘silente’, ‘calado’, sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos adeclarativos são sem declaração, posto que manifestam vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente – ou porque a regra jurídica, como a propósito da revogação (*re-vocatio*) dos testamentos pela destruição, ou da revogação do mandato (arts. 1.079 e 1.316, I), tenha dito que como ‘declaração’ de vontade de determinado conteúdo se devia considerar, ou porque, segundo as circunstâncias, o que deixa de falar sabia que se teria por declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 57-58)

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97.

Não quer isso dizer que todo o silêncio *declare* vontade. Cumpre lembrar que a declaração (aqui em sentido estrito) caracteriza-se pela clareza do sentido por ela externado. Na maior parte das vezes, o silêncio é dúbio. Pode ele perfeitamente exprimir uma vontade, mas para que o faça com um sentido inequívoco, declarado, exige Pontes de Miranda que essa clareza decorra ou da lei, que atribui tal significado volitivo ao silêncio, ou das circunstâncias que o envolvem, de modo que o silente soubesse que, naquela situação, seu silêncio teria um determinado sentido¹⁹⁸.

Ainda dentro das hipóteses de declaração silente de vontade, nem todas serão suficientes a constituir negócios jurídicos, eis que dependerão ainda de outros elementos, como a consciência da declaração.

Agregando essa possibilidade à concepção de que a vontade de negócio deve ser buscada na declaração de vontade, seria coerente supor que a teoria não só admite a declaração pelo silêncio, mas também, e por consequência, que se possa dele extrair a vontade. Ao buscar o sentido do negócio jurídico formado por declaração silente, não se investigará o elemento psicológico do sujeito, mas sim a vontade contida no silêncio. A ilação, no entanto, seria falaciosa.

Tratando-se de declaração silente, a clareza do sentido volitivo do silêncio advém não dele próprio, mas, como já mencionado, da atribuição legal de tal sentido ou das circunstâncias que o acompanham. Pela mesma razão, não poderá o silente alegar que ao calar-se não possuía vontade de declaração, posto que escolheu uma forma que, seja pela lei, seja pelas circunstâncias, declara a vontade. Agindo de tal forma, teve intenção de declarar.

Para além da declaração silente, Pontes de Miranda admite também a formação de negócio jurídico a partir da manifestação de vontade, consubstanciada em um ato ou conjunto de atos dos quais se possa inferir a vontade, dentre os quais o silêncio. Aqui já não se interpreta propriamente a vontade, mas o sentido dos fatos que a exteriorizam, notadamente o comportamento concludente¹⁹⁹. Nessa hipótese tanto a conduta quanto o

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

¹⁹⁹ “Se há ato volitivo sem declaração, mais se ‘descrevem’ os fatos concludentes do que se interpreta o querer: a vontade, que se exterioriza em fatos, é menos própria à interpretação do que a enunciados de fato. Isso não quer dizer que *facta concludentia*, isto é, fatos dos quais se possa inferir a vontade, não sejam suscetíveis de interpretação, antes de se chegar à *conclusão* sobre a vontade do negócio” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184).

silêncio servirão de objeto para se chegar, pela via da interpretação, à vontade do agente.

Em ambos os casos, o essencial é precisar se a vontade, declarada ou manifestada pelo silêncio ou em companhia dele, “contém a de estabelecer o negócio jurídico ou o suporte fático de negócio jurídico. Não há negócio sem vontade de negócio”²⁰⁰. Daí se extrai que não há necessidade de conhecer o ordenamento para formar negócio jurídico, tampouco conhecer todos os efeitos jurídicos que o ato produzirá. Basta querer o negócio, ou, e aí o mais relevante e que aproxima a construção de Pontes de Miranda da teoria da confiança, vontade de estabelecer o suporte fático do negócio jurídico. Noutras palavras, vontade de realizar o fato que a lei traça hipoteticamente como necessário e suficiente para formar o negócio jurídico.

O silêncio também ganha destaque como suporte fático do negócio jurídico unilateral da aceitação. Contra as ficções de vontade tão criticadas por Betti²⁰¹ por manterem seu fundamento atrelado a teoria subjetivista, Pontes reconhece que a vontade efetivamente se manifesta pelo silêncio: “tem-se dito que às vezes se *finje* a aceitação (A. Von Tuhr, ...). Pensa-se na aceitação pelo silêncio. A aceitação de quem silencia não é ficta; é aceitação verdadeira, manifestação de vontade silente”²⁰², e contra ela não se pode opor uma vontade interna com sentido diverso.

Novamente, não se pode concluir que apenas o silêncio é suficiente para configurar a aceitação. O silêncio, como ato que é, precisa ser concludente para que possa ser tomado como manifestação de vontade. “Se o destinatário não responde, não

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

²⁰¹ “Quando o direito prescinda da efetiva vontade do declarante para determinar efeitos jurídicos, o dogma da vontade induz a postular uma ‘vontade tácita’, ‘marginal’, ‘presumida’, ou ‘presumível’, como sendo, na hipótese, a ‘normal’ trata-se de uma presunção, que deveria, logicamente, ceder o passo à demonstração de que no caso específico exista, pelo contrário, uma intenção desconforme” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 99).

²⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 519-522. Nas mesmas páginas, exemplifica o autor: “De modo algum há dispensa de aceitação, erro em que incorrem alguns escritores e juízes, nem se finje ter havido aceitação, como queria L. Jacobi (...). O ofertado, que consumiu a mercadoria remetida, aceitou. O que deixou de responder antes do prazo findar, porque se havia, pelas circunstâncias, de precisar da resposta negativa, aceitou. Não há contrato sem aceitação. O que se dispensa é a comunicação da aceitação, que pode ser escrita, ou tácita. Os dois elementos componentes têm de existir, como duas metades coordenadas. O que se permite é que, nas espécies previstas no art. 1.084, seja não receptícia a aceitação, nunca a falta de aceitação”.

se há de inferir que aceitou, nem que recusou: a oferta ou continua de pé, ou perdeu eficácia”²⁰³.

Como se viu, a teoria ponteana do fato jurídico não se filia a qualquer das teorias do negócio jurídico que a precedeu, tampouco a uma corrente *objetivista* ou *subjetivista* do negócio jurídico. A síntese das teorias nela operada faz com que a interpretação e construção do negócio jurídico seja própria a cada um de seus *tipos* ou *desenhos*, quando atípicos, de modo que igualmente não se pode, com base nela, traçar uma regra geral para o silêncio.

O que se pode concluir é que sua teoria admite o silêncio como ato apto a compor o suporte fático do negócio jurídico, desde que harmônico, no caso concreto, com os contornos de tal negócio. Também evita o obstáculo posto pelas teorias voluntaristas ao exigirem que o sentido da vontade fosse captado da esfera psíquica do indivíduo, o que, como já dito, praticamente sufoca qualquer possibilidade de juridicizar o silêncio enquanto manifestação de vontade. Buscando tal sentido na declaração, adota-se uma objetivação que torna muito mais simples e segura a busca pelo sentido volitivo exteriorizado pelo silêncio.

De outro lado, embora a exigência de uma vontade de declarar possa, a primeira vista, tornar inócua qualquer formulação que tome o silêncio como declaração, ao inferir a vontade de declaração da própria declaração, e assim, a vontade de declarar a partir da escolha pelo estado silente, a teoria logra garantir a segurança daqueles que dirigem seus interesses de acordo com a concludência do comportamento silente do outro. Daí extraí-se que a teoria ponteana não só procedeu a uma síntese estrutural das teorias que a antecederam, como também uma síntese dos valores por elas protegidos.

2.2.3. O ‘comportamento social típico’ de Paulo Lôbo

Ainda dentre os juristas brasileiros, merece destaque a concepção de Paulo Luiz Netto Lôbo, quem, partindo da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda supra exposta, propõe-se a desenvolver o conceito de negócio jurídico para que possa incorporar os fatos sociais e as exigências culturais e econômicas de nossa época.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 227.

O autor parte da constatação de que na sociedade contemporânea as relações jurídico negociais são tantas e tão efêmeras que por vezes sequer tomamos consciência de participar delas. Exemplo disso são os negócios jurídicos massificados, com condições gerais pré-estabelecidas, e os contratos de serviços públicos, como transporte, fornecimento de água e energia, telefonia, etc. A utilização de cada qual constitui um negócio jurídico tomado com tamanha naturalidade que pode passar despercebido enquanto relação contratual, de modo que tais relações nem sempre encontram acolhida pelo conceito tradicional de negócio jurídico.

A caracterização da tomada dos serviços públicos como negócios jurídicos por meio do conceito tradicional destes encontra obstáculos teóricos: na vontade do usuário, que nem sempre é acorde com os elementos essenciais do negócio, como o preço²⁰⁴; nos efeitos pretendidos, eis que, *e. g.*, o equívoco quanto ao destino do ônibus tomado não permitirá ao passageiro o ressarcimento da passagem; e mesmo na capacidade do contratante, muitas vezes absoluta ou relativamente incapaz, mas que ainda assim, realiza um “contrato”.

O mesmo se passa nos contratos massificados, elaborados a partir de condições gerais as quais o contratante apenas adere, de modo que, segundo Paulo Lôbo, a vontade do aderente não exerce qualquer papel: “é pegar ou largar”. Nas duas hipóteses, para a formação do contrato a teoria tradicional do negócio jurídico teria de reconhecer o comportamento do usuário ou do aderente como vontade de aceitação. O autor acredita que essa resposta não é satisfatória, sendo preferível admiti-las como o que são: condutas orientadas a um resultado prático desejado ou necessário.

São esses fenômenos que levaram o autor a lapidar o conceito de negócio jurídico, visando a ampliá-lo para que possa agregar tais hipóteses de forma coerente. Para tanto, conceitua o negócio jurídico como “fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada²⁰⁵, *ou* a conduta humana participante de tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia negocial”²⁰⁶.

²⁰⁴ “A utilização do transporte não é aceitação. Quem entra no trem, ou no ônibus, ou na barca, fica sujeito a pagar o preço do transporte, sem se poder indagar se essa foi sua vontade, ou se conhece ou não a tarifa” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87).

²⁰⁵ O autor toma a autonomia privada em um viés menos voluntarista do que o de Pontes de Miranda, que a ela se refere como o espaço de regulamentação de interesses deixado à “vontade das partes”. Convergem, entretanto, ao assumir que a finalidade do conceito é menos a de justificar uma ideologia individualista e voluntarista, e mais de traçar os limites sociais ao campo de liberdade de atuação privada. Enuncia-a, assim, como “o poder jurídico conferido aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57).

²⁰⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225-226.

O conceito, como se vê, é duplo. Cindindo-o na conjunção alternativa “ou”, tem-se na primeira parte o conceito de negócio jurídico traçado por Pontes de Miranda, que já fora explorado. O que ora interessa é a segunda parte, integrada ao conceito ponteano: “a conduta humana participante do tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia negocial”.

A aglutinação dessa segunda parte do conceito viabiliza alcançar também negócios jurídicos avolitivos ou que não sejam propriamente fruto da autonomia privada, eis que a validade e eficácia negocial são atribuídas a comportamentos sociais, mesmo que eles não expressem intenção de efeitos jurídicos. Seu suporte fático tem como núcleo uma conduta, independentemente dela exteriorizar vontade ou de seu agente ter capacidade jurídica para praticá-la. Essa segunda parte distancia-se do conceito ponteano ao deslocar o *cerne* do negócio jurídico da *vontade* para o comportamento, *per se*, desvinculado da vontade de negócio, de declaração e mesmo da vontade de efeitos jurídicos²⁰⁷.

Não sendo fruto da vontade, o comportamento se torna juridicamente relevante não porque representa a autorregulamentação dos interesses daquele que o pratica, mas porque o Direito o reconhece como uma conduta típica: quem entra num veículo de transporte público, em direção norte, é porque quer ser transportado para o norte, formando assim o respectivo contrato.

A significação atribuída à conduta deriva do sentido com que esta é usualmente realizada no tráfico jurídico. Assim, a prática de certa conduta é recepcionada pelo Direito com seu sentido social típico²⁰⁸, independente de quaisquer outros elementos, como vontade ou efeito perquirido. Aquele que entra no trem com destino ao norte apenas para dormir, ou que entra acreditando ir para o sul, conclui contrato de transporte para o norte, tal como o faz aquele que de fato queria aquele conteúdo e sentido.

²⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 227.

²⁰⁸ A construção doutrinária do comportamento social típico deve-se a Günter Haupt, em 1941, sendo posteriormente desenvolvida, dentre outros, por Karl Larenz. Este autor toma como justificativa, além da insuficiência do conceito de negócio jurídico, a assertiva de que “ninguém pode afastar as consequências jurídicas de seu próprio ato. A consequência do comportamento social típico do agente, inafastável, independente da sua vontade e, por isso, impossível de ser eliminada por ele, é ser o agente obrigado, por meio do recebimento de fato da prestação, à contraprestação de costume ou conforme tarifas. (...) Se quiser evitar as consequências jurídicas inafastáveis de seu ato, ele deve deixar de realizá-lo. Sua ‘autonomia privada’ apenas seria limitada caso ele fosse juridicamente obrigado a comportar-se desse modo, ou seja, por exemplo, obrigado a utilizar esse bonde ou a estacionar nesse local vigiado” (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. In: *Revista DireitoGV*. Volume 2, n. 1, jan./jun. 2006).

O conceito composto, de um lado, mantém hígida a estrutura tradicional do negócio jurídico para as relações negociais ordinárias, e de outro, permite juridicizar condutas típicas do tráfico jurídico para as quais a moldura tradicional do negócio jurídico é insuficiente.

Difere tal construção das teorias objetivistas do negócio jurídico pois, nelas, o interprete ainda deve buscar a vontade, mas a vontade objetiva, conforme o sentido que lhe é socialmente atribuída por uma declaração, manifestação ou comportamento. Desse modo, ainda que o indivíduo esteja praticando um comportamento cujo sentido ordinário seja o de querer, sempre poderá declarar sua vontade em sentido contrário, de modo que sua declaração, pela clareza com que é exteriorizada, desfaz qualquer ilação de que naquele circunstancia havia um querer.

O mesmo não ocorre pela teoria que admite o negócio jurídico formado a partir do comportamento social típico. Nela, não há investigação de vontade negocial, nem mesmo em seu sentido objetivo. A apreensão de sentido decorre exclusivamente da conduta, e não já da vontade negocial por ela exteriorizada, de modo que, ainda que o praticante do comportamento típico declare não querer realizar o negócio jurídico que se extrai de seu comportamento, terá realizado o negócio. Essa peculiaridade é explicada por Larenz:

No âmbito dos atos negociais, caso deva ser possível falar de uma declaração de ‘vontade’, não pode ser considerado conteúdo de uma declaração de vontade algo que é claramente reconhecível como não desejado. Por conseguinte, mesmo diante da importância que tem para a interpretação o significado ‘objetivo’ de um comportamento segundo os usos do tráfico, o agente precisa sempre poder retirar de seu comportamento de outro modo ‘concludente’ o significado de uma determinada declaração de vontade, acompanhando seu comportamento da declaração de uma vontade contrária. Esse limite não pode ser ultrapassado por nenhuma ‘interpretação’. Onde o efeito jurídico deve incidir, embora a vontade contrária tenha sido expressamente declarada, sua incidência não pode mais ser baseada em um negócio jurídico.²⁰⁹

A diferença entre a posição de Larenz e Paulo Lôbo é que o primeiro vê o comportamento social típico como um fato jurídico capaz de deflagrar, diretamente, relação jurídica obrigacional, ao passo que o segundo o vê como elemento do suporte fático de negócio jurídico, este sim formador da relação jurídica.

²⁰⁹ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. In: *Revista DireitoGV*. Volume 2, n. 1, jan./jun. 2006, p. 59.

Entre nós, a concepção de Larenz é desenvolvida por Juliana Pedreira da Silva ao propor a existência de contratos sem negócio jurídico, a partir da distinção entre a vontade contratual e vontade negocial. Enquanto a vontade negocial destina-se a realização dos efeitos jurídicos pretendidos, a vontade contratual, de outro lado, não se destina a formação de um vínculo jurídico, mas apenas ao exercício de certa atividade. Em síntese, enquanto a primeira volta-se a realização de efeitos jurídicos, a segunda volta-se apenas a efeitos práticos, de modo que se pode admitir, assim, a existência de relações contratuais que não são estribadas em negócios jurídicos, eis que voltados apenas ao exercício da atividade²¹⁰.

Paulo Lôbo, de outro lado, admite que o comportamento social típico forme o próprio negócio jurídico. Nesses termos, diferentemente do negócio jurídico bilateral ordinário, composto por dois negócios jurídicos unilaterais (proposta e aceitação), o suporte fático dessa nova modalidade de negócio jurídico é composto por um negócio jurídico unilateral (oferta) e um ato-fato jurídico (comportamento social típico). É esse, em síntese, o contributo desta teoria em relação às que a precederam.

Há dois reflexos de maior relevância dessa teoria na apreensão do silêncio como fato formador de negócio jurídico. A primeira é permitir a apreensão de comportamentos silentes (que sejam, ou venham a ser, socialmente típicos) como formadores de relação jurídica independentemente de se apurar se o ato silente representa ou não a vontade de negócio.

A segunda é que retira do silêncio o papel que ocupava no suporte fático dos negócios jurídicos nos moldes concebidos pelas teorias objetivistas para justificar a aceitação.

Pela ótica destas, sempre haverá a possibilidade do agente declarar uma vontade em sentido contrário ao do comportamento para evitar a formação de negócio com o conteúdo deste, o que torna o silêncio, tomado como ausência desta declaração, um elemento essencial do suporte fático do negócio jurídico formado por manifestações ou comportamentos.

Ao se negar tal possibilidade ao sujeito, recepcionando seu agir como um ato-fato jurídico, torna-se irrelevante a presença do silêncio para o preenchimento do suporte fático do negócio jurídico.

²¹⁰ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79/81.

De outro lado, reconhecer a possibilidade de formação de um negócio jurídico bilateral (contrato) não mais a partir de dois negócios unilaterais (vontade e aceitação), mas a partir da convergência de um negócio unilateral (oferta) e de um ato-fato permitirá justificar, sistemática e coerentemente, problemas há muito discutidos na seara dos contratos formados pela vontade apenas de uma das partes, como o contrato de doação, que será abordado detidamente em tópico próprio.

2.2.4. A concepção estrutural do negócio jurídico de Antônio Junqueira de Azevedo

Finalmente, a última das construções sobre o negócio jurídico que se propôs apresentar é a de Antônio Junqueira de Azevedo, construída a partir da advertência de que as teorias subjetivas conferiram demasiada atenção à gênese do negócio jurídico, e as objetivas a sua função, deixando a estrutura em segundo plano²¹¹. Daí busca redefinir o negócio jurídico a partir de sua estrutura, para compreender não como o negócio *surge* ou como *atua*, mas o que ele *é*.

Ao conceito de negócio jurídico formulado pelas teorias da vontade o autor dirige três críticas: a primeira, de que o conceito abrange mais do que o pretendido, notadamente por admitir, como negócio, atos lícitos não negociais cujos efeitos jurídicos eram desejados pelas partes, como ocorre com a caça. Não há aí negócio jurídico, e sim ato-fato, mas que teoricamente é apreendido pelo conceito de negócio. A segunda crítica é de que o conceito não abrange tudo o que deveria. A conversão substancial do negócio jurídico, por exemplo, não poderia ser por ele admitida, eis que não decorre da vontade das partes. Por fim, a terceira crítica dirige-se a valoração da vontade como elemento essencial do negócio jurídico, quando, para ele, a existência do negócio jurídico independe da vontade.

O autor também apresenta divergência teórica com as concepções preceptivas do negócio jurídico, sustentando que dele nascem relações jurídicas, jamais preceitos. O

²¹¹ A lapidação da teoria do negócio jurídico operada por Junqueira de Azevedo se desenvolve, de um lado, distanciando-se das teorias da vontade e da teoria preceptiva, e de outro, aproximando-se das teorias da declaração e da confiança. Essas sístoles e diástoles podem ser apreendidas na seguinte dimensão: “*a perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social*. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico. Por outro lado, rejeitada como artificial a ideia de negócio como ‘norma jurídica concreta’, nem por isso a visão ora apresentada deixa de ser menos objetiva que a das concepções preceptivas” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21).

fundamento de validade dos negócios jurídicos é a autonomia privada, a qual o Direito reconhece como fonte criadora de relações jurídicas, e não de normas. Não bastasse, a concepção preceptiva do negócio jurídico também não poderia albergar os negócios nulos, eis que seriam, inexoravelmente, “não-normas”, ou seja, seriam sua própria negação²¹².

Para além dessas críticas, Junqueira de Azevedo defende a necessidade de construção de um novo conceito para o negócio jurídico pois tanto as teorias subjetivistas quanto as objetivistas “apresentam um erro em sua formação inicial”²¹³, notadamente ao admitir que o negócio jurídico é formado por dois elementos, vontade e declaração. Nesse prisma, afasta-se de Pontes de Miranda e de Paulo Lôbo ao desenhar o negócio jurídico a partir de apenas um elemento essencial, a declaração de vontade.

A depender da hipótese, a vontade poderá constituir um requisito de validade ou fator de eficácia do ato, mas em nenhuma hipótese será elemento de sua existência²¹⁴. Para Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico:

É a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as *circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). *Ser declaração de vontade* é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela *efeitos constitutivos de direito* – e esta é a sua característica específica secundária.²¹⁵

O conceito apresenta algumas características peculiares que o distingue dos conceitos de negócio jurídico traçados pelas teorias que lhe antecederam. Com caráter nitidamente objetivista, não reconhece a vontade como um dos elemento constitutivos do negócio jurídico, apreendendo apenas o elemento declaração como formativo do negócio jurídico.

²¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-14.

²¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

²¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82-83. Também descartando a vontade como elemento constitutivo do negócio jurídico: BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 88-90.

²¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

De outro lado, inova ao inserir no suporte fático as circunstâncias negociais, que até então eram apenas critério interpretativo da declaração, e não propriamente elemento estruturante do negócio jurídico. Por fim, vincula o negócio aos efeitos jurídicos que são ordinariamente pretendidos pela declaração que forma o negócio – os efeitos econômicos sociais a que se referia Emilio Betti.

Sua concepção objetivista não enlaça os efeitos pretendidos pela vontade da parte (vontade tomada como elemento psicológico), tampouco submete a existência do negócio aos efeitos por ela desejados (ao menos não para a formação do negócio jurídico, e portanto, no plano da existência). Pelo contrário, os efeitos jurídicos de que trata o conceito são os efeitos jurídicos social e objetivamente extraídos a partir da declaração, do ‘tipo’ negocial nela explicitado.

O eixo central de sua obra, porém, é a construção de um modelo de negócio jurídico a partir de sua estrutura, sistematizando, em seus três planos, quais os elementos essenciais para sua existência, os requisitos de sua validade e os fatores que influenciam sua eficácia²¹⁶.

Muito além de mera classificação, a estruturação desenhada pelo autor reforça a imprescindível coerência da teoria do negócio jurídico. No plano da existência, que é objeto da obra, a sistematização proposta fornece critérios transparentes para definir o *locus* da vontade no modelo brasileiro de negócio jurídico, sobretudo no erro e na interpretação, além de instrumentalizar soluções simples para questões teoricamente complexas, como as declarações negociais não sérias.

Ante a sistematização realizada pelo próprio autor, e sobretudo pela didática com que constrói seu raciocínio, pede-se licença ao leitor para alterar a metodologia até aqui adotada para exposição das outras teorias do negócio jurídico, de modo a não tratar da questão do silêncio *após* a exposição da teoria, mas em um mesmo momento. É o que se passa a fazer.

No plano da existência figuram os elementos essenciais para que o negócio ganhe vida, para que ele *seja* negócio jurídico: são os elementos mínimos que o Direito exige para lhe conferir as vestes próprias de negócio.

²¹⁶ O projeto traçado pelo autor era desenvolver a análise completa do negócio jurídico, dividida em sete capítulos. O primeiro sobre sua definição, o segundo sobre os três planos do negócio jurídico e o terceiro sobre o plano da existência. Estes três capítulos foram concretizados na obra “negócio jurídico: existência, validade e eficácia”, da qual se extrai as colocações ora expostas. Os quatro outros capítulos, que compreenderiam o plano da validade; plano da eficácia; inexistência, invalidade e ineficácia; e interpretação e classificação do negócio jurídico, infelizmente, não puderam ser realizados pelo autor, falecido em novembro de 2009.

Como visto, Pontes de Miranda e Paulo Lôbo, seguindo a doutrina clássica, desenham o negócio a partir da conjugação da vontade, que constitui o núcleo do negócio jurídico, e sua respectiva declaração (*lato sensu*), que completa-a enquanto núcleo: “*não há negócio sem vontade de negócio. Vontade de negócio, e não só declaração de vontade*”²¹⁷, nas palavras de Pontes de Miranda.

O eixo central da construção de Junqueira de Azevedo é outro. Seu modelo de negócio jurídico não se submete à divergência de qual dos seus elementos constitutivos (vontade e declaração) possui preponderância sobre o outro, como propunham as teorias da vontade e da declaração. E não se submete por uma razão simples: não concebe o negócio jurídico a partir de dois elementos constitutivos, mas de apenas um, a *declaração de vontade*, em seu sentido objetivo²¹⁸.

Não quer com isso afastar por completo a relevância da vontade no negócio jurídico, mas apenas deixar claro que o negócio nasce, existe, com a declaração. É ela que lhe constitui. A vontade, como se verá em momento ulterior, terá grande influência no campo da interpretação do negócio e nos planos da validade e da eficácia, já não no da existência. Já neste primeiro traço da estrutura do negócio verifica-se que a teoria, ao menos no plano da existência, promete maior facilidade à juridicização do silêncio como elemento do negócio jurídico, pois, como se extraiu das teorias anteriores, é maior o grau de receptividade quando o negócio é visto pela ótica da declaração do que pela da vontade. Cumpre submeter tal promessa a contraprova dos demais elementos.

Visto que no plano da existência o negócio chega a se confundir com a declaração, salutar dissecá-la para dela extrair seus elementos constitutivos. Em ordem decrescente de abstração, tais elementos podem ser classificados em elementos gerais, elementos categoriais e elementos particulares. Os primeiros são os elementos imprescindíveis e comuns a todas as espécies de negócio jurídico: a forma, o objeto e as circunstâncias negociais²¹⁹, este último característico da teoria de Junqueira de Azevedo.

²¹⁷ *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

²¹⁸ “A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua *existência* começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16).

²¹⁹ Ainda que a obra não tenha explorado especificamente o plano da validade, o autor deixa claro que os requisitos de validade nada mais são do que as qualificadoras dos elementos de existência, de modo que

Sua inclusão dentre os elementos essenciais do negócio jurídico se deve ao reconhecimento de que não é toda declaração de vontade que é suporte fático de negócio jurídico, mas apenas aquela declaração que socialmente “seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos”. Quando alguém declara que quer alimentar um animal na rua, há declaração de vontade, mas não há negócio jurídico, pois falta-lhe o vetor direcionado à produção de efeitos jurídicos.

Circunstâncias negociais são, portanto, “aquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que passa a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos”²²⁰. Não se trata de um conceito novo. Muitos dos autores citados pelas obras da década de 1930 já utilizavam as circunstâncias como elementos instrumentais para a interpretação do silêncio enquanto manifestação de vontade. Na construção de Junqueira de Azevedo, no entanto, as circunstâncias não tem por função indicar se há manifestação de vontade, mas verificar se a manifestação (que lhe é pressuposto) está ou não voltada a produção de efeitos jurídicos. Em caso positivo, tal manifestação torna-se *declaração de vontade* em sentido técnico.

A inclusão das circunstâncias negociais dentre os elementos essenciais do negócio permite facilmente superar um ponto muito discutido da teoria do negócio jurídico, nomeadamente a das declarações não sérias e do próprio silêncio “qualificado”.

Fossem elementos essenciais do contrato apenas a forma e o objeto (ainda que vistos sob o prisma da vontade subjetiva), as declarações de vontade realizadas em sala de aula, para fins de exemplificar situações jurídicas, e aquelas feitas em encenações teatrais sofreriam a incidência da norma jurídica e se tornariam negócios, eis que a vontade e seu conteúdo foram claramente exteriorizados. Ninguém afirmará, porém, que tais declarações são tomadas pelo padrão cultural vigente como voltadas à produção de efeitos jurídicos. Isso porque as circunstâncias que as cercam não são negociais. Logo, nos exemplos citados não há formação de negócio jurídico por ausência de circunstâncias negociais.

presentes a forma, o objeto e as circunstâncias, haverá negócio no plano da existência, mas eventual irregularidade de qualquer deles poderá acarretar a invalidade do negócio. Assim, ainda que a exposição se limite ao plano da existência, será possível tecer alguns apontamentos de como as qualificantes dos elementos constitutivos do negócio operam no plano da validade.

²²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

O elemento circunstancial também permite trazer para dentro da estrutura jurídica um fator externo ao negócio que há muito é invocado para definir se em dada hipótese o silêncio é ou não um fato apto a compor seu suporte fático.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira é quase uníssona ao entoar que “normalmente, o silêncio é nada, e significa a abstenção de pronunciamento da pessoa em face de sua solicitação ambiente. Mas, em determinadas circunstâncias, pode significar uma atitude ou comportamento e (...) produzir efeitos jurídicos”²²¹ Noutras palavras, o silêncio só será juridicamente relevante quando acompanhado de outras circunstâncias que evidenciem que por ele se manifesta uma vontade.

Neste ponto, a inserção das circunstâncias negociais no suporte fático do negócio jurídico dá um passo importante ao desenvolvimento do tema. A um só tempo, as circunstâncias servem como elemento objetivo para definir se um determinado silêncio é ou não socialmente reconhecido como manifestação de uma vontade, e, em caso positivo, também para saber se essa manifestação tem por finalidade produzir efeitos jurídicos, sejam eles positivos ou negativos.

Afinal, como adverte Carlos Alberto da Mota Pinto, “não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson”²²². O silêncio de um sujeito que não esteja inserido em relações interpessoais não tem qualquer relevância ao Direito, posto que as circunstâncias que o envolvem demonstram que seu calar não representa uma declaração de vontade (por ausência de destinatário).

De outro lado, quando um indivíduo opta pelo silêncio em um processo comunicativo, envolvendo portanto um destinatário e assumindo o silêncio o caráter de manifestação de vontade, nem sempre essa vontade será apta a compor negócio jurídico. É a presença de circunstâncias negociais que permitirá estabelecer se aquele silêncio, social e objetivamente, tem por fim realizar efeitos jurídicos, e somente em caso positivo ele será recebido pelo Direito como fato apto a compor o suporte fático do negócio jurídico.

É justamente esse o elemento que desfaz a ambiguidade própria da natureza do silêncio e confere-lhe relevância jurídica quando, frise-se, pelas circunstâncias

²²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. 23ª ed. 2010. Rio de Janeiro: Forense, p. 414. No mesmo sentido, Orlando Gomes: “a declaração indireta pode estar implícita num documento, ou resultar, e provir até, do silêncio circunstanciado” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 300).

²²² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 30.

negociais, há um ônus ou um dever de falar em face do qual a pessoa silencia, assumindo o “risco de ver o seu silêncio interpretado como manifestação de vontade”. Arremata assim ao estabelecer que o silêncio terá relevância jurídica desde que haja “a) circunstâncias que criem para alguém o ônus (e, mais raramente, o dever) de se manifestar, a fim de evitar a realização do negócio; b) que essa pessoa não se manifeste”²²³.

Referido ônus pode ter gênese na lei, nos usos e costumes, em prévio contrato entre as partes, ou mesmo ser criado unilateralmente pelo oferente, desde que, nesta hipótese, não seja oneroso ao silente²²⁴, pois não se poderia conceber a criação unilateral de tal ônus por uma das partes em detrimento da outra.

O conteúdo dessas circunstâncias supera outro ponto nevrálgico da teoria do negócio jurídico, a relação entre a vontade exteriorizada na declaração e os efeitos do negócio jurídico, se é necessária a equivalência deles quanto aos efeitos: jurídicos, práticos, ou prático-jurídicos²²⁵. Como a vontade não compõe os elementos essenciais ao plano da existência, é irrelevante seu conteúdo, e da mesma sorte, os efeitos desejados.

Ainda assim, não se exclui totalmente um liame de causalidade entre os efeitos desejados e o negócio jurídico desenhado por Junqueira de Azevedo. Em sua concepção, a vontade integra o processo mental que dará origem ao negócio, extinguindo-se com seu nascimento. Essa vontade determinará a escolha da atitude a ser tomada pelo sujeito (declaração) para a realização do negócio, dentre os modelos socioculturais que sua ambiência dispõe²²⁶.

No plano da validade, o *padrão cultural* que caracteriza tais circunstâncias confere contornos de segurança a interpretação da declaração como elemento objetivo em relação a declarantes e declaratários que não estejam condicionados a uma mesma ambiência social. Por tal padrão, compreende-se que qualquer pessoa, inserida em determinado meio social, sabe qual a atitude que deve tomar para realizar determinados atos. Pode não ter consciência dos meandros jurídicos, mas sabe, por certo, quais atos são socialmente tidos como próprios para realizar o efeito jurídico desejado.

²²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130.

²²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

²²⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 380-382.

²²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

Tratando-se de padrão cultural, e que portanto adquire formas distintas entre os diversos meios sociais, somente será válido o negócio cujas circunstâncias negociais correspondam ao meio em que o sujeito está inserido.

Desta sorte, o negócio jurídico constituído (por qualquer forma de declaração, inclusive pelo silêncio) por um indígena que desconheça os efeitos que a sociedade atribui a determinados atos, existirá (plano da existência) se naquela ambiência social as circunstâncias negociais indicarem que aquele comportamento volta-se a produção de determinados efeitos jurídicos. Inobstante, a *deficiência* na assimilação de tal padrão cultural pelo indígena fará com que as circunstâncias negociais careçam de qualificação suficiente para permitir a assimilação do negócio como válido²²⁷. O comportamento do indígena constituirá uma declaração de vontade, e fará surgir um negócio jurídico, mas por carecer de uma qualificante, as circunstâncias negociais tornarão nulo o negócio²²⁸.

O segundo elemento da declaração de vontade é a forma, o *meio* pelo qual o agente expressa a sua vontade. Foi no campo da forma que a questão do silêncio se desenvolveu, sobretudo pela superação do formalismo que exigia a declaração expressa para formação do negócio jurídico²²⁹. Admitindo-se que a vontade manifestada por comportamentos tácitos também é apta a constituir negócios jurídicos, ampliou-se o campo negocial e, por consequência, também dos negócios jurídicos formados a partir do silêncio como manifestação indireta de vontade²³⁰.

Tal processo de desformalização do negócio não cria, mas apenas amplia o campo de atuação do silêncio nos negócios jurídicos, afinal também há hipóteses em que o silêncio constitui forma de manifestação expressa, notadamente quando exprime de forma clara e incontestada a vontade que lhe subjaz, chamadas por Pontes de Miranda de ‘declaração silente de vontade’. É o caso, já citado, do silêncio de um dos sócios em assembleia, quando os votos são tomados em determinado sentido daqueles que permanecerem sentados. O silêncio será sempre uma forma omissiva de manifestação, mas não necessariamente uma forma tácita²³¹.

²²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122-125.

²²⁸ O autor estriba confirma tal conclusão a partir do art. 8º do Estatuto do índio, para o qual “são nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”.

²²⁹ Como eram exemplos os Códigos Civis da Alemanha, México, Bavária e do Cantão de Friburgo, nas respectivas redações vigentes na década de 1930, conforme nota nº 20 supra.

²³⁰ Esta não é a posição pacífica na doutrina. Como demonstrado no primeiro capítulo, há autores de relevo que não admitem o silêncio como forma de manifestação de vontade.

²³¹ “A questão do silêncio é sempre de forma omissiva, e tanto essa omissão poderá ser proposital (quando o caso será de forma expressa), quanto não o ser (quando o caso será de forma tácita). Não é de

Junqueira de Azevedo lembra que existem negócios para os quais a lei exige determinada forma e negócios para os quais admite forma livre, no entanto, não existe negócio sem forma. No plano da existência, o que é preciso é que a declaração tenha forma, seja ela ativa ou omissiva, e tenha forma escrita, oral, por sinais, ou mesmo pelo silêncio. Basta a existência de forma para preencher o plano da existência. A identidade ou não desta forma com a forma prescrita por lei por convenção terá consequências no plano da validade, já não no da existência.

Assim, se durante a execução de um contrato de depósito o depositante interpela o depositário informando que a manutenção do vínculo contratual depende do depositário, a partir daquele momento, responsabilizar-se por eventuais danos à coisa provenientes de caso fortuito ou força maior, e o depositário permanece silente, a continuidade da relação jurídica poderá ser circunstância negocial que evidencie que aquele silêncio manifestou a aceitação do depositário. A cláusula de responsabilidade, portanto, existirá. Porém, exigindo o art. 393 do Código Civil²³² que a assunção de tal responsabilidade deve se dar de forma expressa, a cláusula estará viciada no plano da validade, tornando-a nula.

Também a impossibilidade de manifestação contrária ao sentido extraído do silêncio pode viciar o negócio dele derivado. É o caso, por exemplo, da coação. Aquele que permanece silente em razão de fundada ameaça, justamente para que permaneça inerte, constitui negócio jurídico a partir de seu silêncio. Mas ainda que o negócio se realize, será nulo caso a coação tenha sido realizada pelo interessado, ou que dela ele tivesse ciência, quando praticada por terceiro²³³.

Cumpra-se apontar que esta é uma das matérias em que se evidencia a preferência (pontual) do legislador brasileiro pela teoria da confiança. Mesmo que o negócio seja fruto de coação praticada por terceiros, e portanto, o coagido não tenha exprimido uma vontade livre, o negócio será válido e eficaz caso a outra parte não tivesse conhecimento

admirar, pois, que já se tenha dito que ‘segundo alguns autores, constitui o silêncio uma subespécie da declaração expressa da vontade; entendem outros, no entanto, que a uma subespécie de declaração tácita equivalente’ (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123).

²³² Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

²³³ Código Civil, art. 154: “Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos”.

da coação, nem tampouco o dever de conhece-la²³⁴⁻²³⁵. Tais exemplos corroboram a coerência sistêmica da teoria do negócio jurídico formulada por Junqueira de Azevedo, mais especificamente ao retirar a vontade do plano da existência e relegar sua atuação aos planos da validade e, em menor grau, da eficácia, e ainda assim apresentar solução jurídica dogmaticamente correta mesmo às hipóteses mais controvertidas.

Por derradeiro, o objeto encerra os elementos da declaração de vontade, consistindo no conteúdo do negócio. Nas situações ordinárias, o processo que leva à formação do negócio jurídico passa por um uma vontade de declarar e por uma vontade de conteúdo, que, vertidas em uma declaração, constituirão o negócio jurídico. Uma vez plasmado o negócio, os efeitos próprios que dele decorrerão serão aqueles declarados como queridos, ou seja, o conteúdo manifestado. Eis aí o objeto da declaração negocial.

Ainda que o objeto seja a materialização do princípio da autonomia privada, não é ele que caracteriza o negócio jurídico. Há pelo contrário negócios jurídicos em que uma das partes sequer participa da escolha do conteúdo do negócio²³⁶, como são exemplos os contratos de adesão, os contratos abertos (como o de filiação a uma associação pré-constituída²³⁷, os contratos coletivos de trabalho, e o próprio contrato de casamento, cujo conteúdo é estabelecido por lei. Daí que o conteúdo do negócio jurídico não será sempre determinado pela parte. Há conteúdos essenciais ao tipo contratual, e portanto inderrogáveis, como a coisa e o preço nos contratos de compra e venda; há conteúdos próprios do tipo contratual derogáveis, como, ainda na compra e venda, a imputação das despesas de escritura e registro à cargo do comprador²³⁸; e há ainda

²³⁴ Código Civil, art. 155: “Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto”.

²³⁵ Tais exemplos corroboram a coerência sistêmica da teoria do negócio jurídico formulada por Junqueira de Azevedo, mais especificamente ao retirar a vontade do plano da existência e relegar sua atuação aos planos da validade e, em menor grau, da eficácia, e ainda assim apresentar solução jurídica dogmaticamente congruente mesmo nas hipóteses mais controvertidas.

²³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134-135.

²³⁷ Não se trata aqui do negócio de constituição das associações, em que as partes tem ampla liberdade na formulação do conteúdo do negócio associativo. O ato constitutivo das associações, como bem expõe Rodrigo Xavier Leonardo, possui natureza de negócio jurídico plurilateral, complexo e organizativo (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 197-199). Trata-se aqui de ato posterior, pelo qual uma pessoa que não participou do momento genético da associação a ela se une, aceitando o conteúdo estatutário nos moldes construídos pelos associados que o precederam. Nestes termos, é possível tomar tal ato como verdadeiro negócio de adesão, cujo conteúdo limita-se ao ingresso do novo membro.

²³⁸ Código Civil, art. 490: “Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição”.

conteúdos derivados exclusivamente da escolha das partes, como as condições, termos e encargos²³⁹.

O conteúdo típico da espécie contratual é exemplo de fonte de ônus dos contratantes se manifestarem, sob pena de conferir-se ao seu silêncio os efeitos próprios daquele tipo de contrato. Ainda no exemplo acima, o silêncio dos contratantes quanto a quais despesas recairão sobre cada qual é fato deflagrador da incidência da regra do art. 490 do Código Civil, própria dos contratos de compra e venda e que tem por efeito jurídico a atribuição dos encargos de escrituração e registro ao comprador. Nessa categoria de conteúdos, portanto, o silêncio não representa um vazio normativo, mas deflagra os efeitos próprios daquele tipo contratual, derivado de regras supletivas²⁴⁰.

Infelizmente, Antônio Junqueira de Azevedo não pode concretizar o plano original de debruçar-se também sobre os planos da validade, da eficácia e das formas negativas dos três planos (inexistência, invalidade e ineficácia), encerrando a obra no plano da existência. Ainda assim, sua concepção de negócio, inovadora sobretudo por nele incluir como elemento de existência as circunstâncias negociais, logrou compatibilizar a tradição e o porvir, integrando ao conceito de negócio elementos a ele externos que a muito eram convocados para permitir a coerência em sua interpretação.

Cada uma das oito concepções de negócio jurídico aqui expostas serve não só para evidenciar a pluralidade de possibilidades na apreensão do silêncio para a formação do negócio jurídico, como também de regimes próprios a ele aplicado, a depender da concepção que se toma de negócio jurídico. Uma interpretação que se pretenda sistemática não pode coerentemente tomar uma posição sobre o *locus* do silêncio no negócio jurídico sem antes conhecer e sobretudo integrar o silêncio à teoria adotada sobre aquele. Para além dessa premissa, as teorias ora expostas servirão de supedâneo para a construção dos modelos jurídicos que serão desenvolvidos no terceiro capítulo.

²³⁹ Essa classificação relativa ao conteúdo do negócio deriva daquela realizada pela doutrina romanística, que o dividia em *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *assidentialia negotii*, respectivamente.

²⁴⁰ Note-se que nas hipóteses de efeitos decorrentes de regras supletivas não é sequer necessário que as partes tenham consciência dos efeitos que serão atribuídos ao silêncio, menos ainda de que tenham-nos desejado.

3. A MARGEM DE CHEGADA: OS MODELOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO E SUA PROBLEMATIZAÇÃO NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

Em breve retrospectiva, restou desenhada no primeiro capítulo a margem de partida do presente texto, consubstanciada na exposição da doutrina brasileira da década de 1930 sobre o silêncio e dos marcos teóricos por ela adotados, pontuada ainda pela síntese das teorias modernas do negócio jurídico. No segundo capítulo, apresentaram-se as linhas gerais da transição do Direito Civil moderno para o contemporâneo e o desenvolvimento e as teorias contemporâneas do negócio jurídico, com a análise dos limites e possibilidades que cada uma delas oferece à apreensão do silêncio como fato jurídico.

Esses capítulos foram necessários para estabelecer de onde se partiu e qual o caminho trilhado para se chegar ao negócio jurídico contemporâneo, oferecendo também o suporte necessário à compreensão do atual *estado da arte* do silêncio no Direito Civil brasileiro. Permitirão, ainda, quando da construção de uma proposta de modelo hermenêutico para o silêncio, desenvolver o tema a partir de uma metodologia de problemas (tópica), contrapondo teses modernas (muitas que ainda se mantêm no ideário jurídico atual) com antíteses contemporâneas para delas extrair sínteses que possam alocar o silêncio no Direito Civil de forma sistematicamente coerente. Trata-se, portanto, de uma metodologia tópico-sistêmica, nos moldes propostos por Judith Marins-Costa.²⁴¹

O primeiro passo da análise do tema é reconhecer que não há um silêncio no Direito Civil, com significado unívoco, mas muitos. Singularizá-lo seria render-se a um redutor de complexidade que não consegue compreender a plurivocidade de sentidos que esse significante apresenta ao tornar-se visível. Do mesmo modo, ainda que a

²⁴¹ A escolha de tal método hermenêutico se deve a sua aptidão para conciliar a estrutura abstrata das regras, consideradas a partir de uma perspectiva de um sistema aberto e poroso, mas ainda estruturalmente formal, e as especificidades dos casos concretos, que muitas vezes revelam interesses que *se impõe* ao Direito. Segundo Judith Martins-Costa, “somente a partir do reconhecimento da necessidade de uma recíproca coordenação entre o procedimento dedutivo e o indutivo, entre o sistema e o caso, entre o método sistemático e o método tópico, se poderá compreender como, numa estrutura formal como é a do direito codificado, emerge, continuamente, elementos problemáticos, que são, por sua vez, sistematizados. Sistematização e assietematização constituem, assim, a *polaridade dialética* na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressiematização” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 377). Luiz Edson Fachin também adotando a hermenêutica tópico-sistêmica, mas não como método interpretativo, e sim como fundamento, como “sustentação do próprio *modo de ser* do Direito Civil, que se destina a construí-lo teórica e pragmaticamente nos caminhos para a solução correta dos casos” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: Sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 83).

espacialidade da análise se restrinja ao Direito Civil, sobretudo ao campo do negócio jurídico, a pluralidade de fontes que permitem a juridicização do silêncio recomendam que sua apreciação não se resuma apenas a uma das fontes, como a lei ou a jurisprudência, mas revele sua complexidade através das possibilidades derivadas de cada uma das fontes de direito: legal, jurisprudencial²⁴², consuetudinária e negocial.

Para conciliar a pluralidade de fontes, de significados e de problemas (tópicos) que emergem da dogmática do silêncio no Direito Civil, este terceiro capítulo propõe-se a adotar o paradigma hermenêutico proposto por Miguel Reale²⁴³, que permitirá desenvolver o tema a partir da construção de quatro modelos jurídicos do silêncio e, ao final, propor um modelo hermenêutico. Salutar, entretanto, algumas elucidações prévias quanto ao significado pelo qual se apreende os *modelos de direito* e sua pertinência ao desenvolvimento ora proposto.

Um modelo, na acepção ora em análise, é “uma espécie do gênero estrutura, estendida esta como *um conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações*”²⁴⁴, mas que dela se destaca pelo caráter dinâmico que permite-lhe servir de fundamento para novas significações, *e.g.*, para novos cálculos, em tratando-se de um modelo físico-matemático, ou para novos juízos, tratando-se de um modelo das ciências humanas.

²⁴² Adota-se aqui a posição de Miguel Reale quanto as fontes de Direito, sem deixar de ressaltar que autores como Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46-47) e Zeno Veloso (*Comentários à lei de introdução ao código civil – art. 1º a 6º*. 2ª ed. Belém: Unama, 2006, p. 106-113) não a consideram como fonte formal do Direito em sistemas de *civil law*, como o brasileiro, por duas razões: a primeira de que o juiz está vinculado à lei, e não a outros julgados, e a segunda de que a decisão produz efeito apenas entre as partes do processo em que é proferida, de modo a não alcançar abstração suficiente para tornar-se uma regra oponível *erga omnes*. Há de se reconhecer, entretanto, que ao criar uma regra, ainda que para o caso concreto, a decisão judicial revela-se como uma fonte de Direito, mesmo que seus efeitos limitem-se às partes. De outro lado, o desenvolvimento das teorias da decisão judicial, fundadas na universalização da *ratio decidendi* e a força normativa que o novo Código de Processo Civil confere à certas decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente vinculantes, corroboram a inserção da jurisprudência dentre as fontes de Direito.

²⁴³ A concepção de “modelos jurídicos”, ainda que originária de outro texto do autor, encontra-se singularizada e desenvolvida em REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁴⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5. Ainda sobre o conceito de modelo, em sentido amplo, afirma o autor: “O conceito de modelo, em todas as espécies de ciência, não obstante as suas naturais variações, está sempre ligado à ideia de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequência ordenada de medidas ou prescrições. Cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios e fins, assim como o ‘modelo arquitetônico’, por exemplo, é um projeto que antecipa e condiciona a construção de um edifício. Coisa análoga ocorre com os modelos mecânicos, matemáticos e, penso eu, também com os jurídicos do Direito”. (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111).

A partir dessas definições, Miguel Reale conceitua o modelo como uma estrutura de caráter normativo, e portanto, que expresse um dever-ser, “quer este se refira a algo que deva ser, de maneira explicativa, no plano da idealidade lógico-matemática, quer se relacione com algo que deva ser de maneira prescritiva, como atitude ou momento de vida no plano existencial”²⁴⁵.

Nessa linha, o próprio Direito, enquanto ordenamento jurídico, pode ser considerado como um modelo, notadamente ao ser concebido como o conjunto de normas e princípios entre si relacionados que regulamentam a vida em sociedade, sendo ele próprio composto por diversos modelos, aos que o autor chama de modelos jurídicos.

De outro lado, uma única norma pode revelar um modelo jurídico, quando sua estrutura *per se* contiver em sua completude a proposição de um dever-ser e uma pluralidade de elementos que confirmem-lhe uma unidade lógica de sentido. Na maior parte dos casos, porém, os modelos jurídicos resultam de uma pluralidade de normas que, entre si relacionadas, compõe uma unidade de significação²⁴⁶.

Salutar perceber, porém, que modelo jurídico e norma não se confundem. Ainda que em certa medida os modelos a elas correspondam, “delas se depreendem por se apresentarem no devir mutável da experiência jurídico-social”²⁴⁷. Essa mutabilidade torna-se perceptível a partir da compreensão de que os modelos jurídicos conferem significação ao conteúdo normativo de determinada fonte de direito. O modelo toma a norma como base para, a partir da apreensão de fatos e valores advindos da experiência jurídica, construir a significação do conteúdo normativo²⁴⁸. Ao fazê-lo, o modelo confere um caráter prospectivo às normas jurídicas que impede que seu significado permaneça engessado e não consiga acompanhar as vicissitudes da faticidade e dos valores que deram origem à norma²⁴⁹.

²⁴⁵ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7.

²⁴⁶ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29-30.

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 10.

²⁴⁸ Tal perspectiva revela o caráter poroso dos modelos jurídicos, que se revelam como instrumentos hermenêuticos de constante atualização do Direito. Esse sentido prospectivo é reconhecido por Antônio Pinto Monteiro, ao elucidar que “efectivamente, mesmo quando, na sua aparência formal, o sistema se mantém inalterado, a evolução jurídica vai-se processando internamente, ao nível de um desenvolvimento do sentido de princípios e normas, formalmente inalteradas, mas substancialmente enriquecidas por outros sentidos e conteúdos, susceptíveis de fundamentar novas soluções” (PINTO MONTEIRO, Antônio. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012) – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 292).

²⁴⁹ “Isto posto, parece-me já poder complementar a noção inicial de *modelo jurídico*, apresentando-o como ‘estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios’. Nos termos da teoria

Didaticamente, podem-se dividir os modelos de direito em duas espécies: a dos modelos jurídicos, dotados de caráter prescritivo, que se revelam sob quatro formas, de acordo com sua fonte: modelos legais, modelos jurisprudenciais, modelos consuetudinários e modelos negociais; e a dos modelos hermenêuticos (também chamados dogmáticos) que consistem em estruturas teóricas desenhadas pela doutrina para captar e atualizar os sentidos e valores dos modelos jurídicos²⁵⁰.

É sob a ótica dessas cinco espécies de modelos que o presente capítulo se propõe a analisar o silêncio nas atuais molduras do Direito Civil brasileiro, sobretudo a partir dos marcos teóricos cujas concepções sobre o negócio jurídico foram apresentadas no segundo capítulo.

3.1. O MODELO JURÍDICO LEGAL DO SILÊNCIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os modelos jurídicos legais, por serem compostos por normas de direito positivo, caracterizam-se por sua eficácia *erga omnes* e por desempenharem, além da função que lhes é própria, a de *controle* dos demais modelos jurídicos, na medida em que as normas jurídicas derivadas das demais fontes do direito apenas podem ser consideradas válidas se não estiverem em sintonia com o modelo legal. Desempenham, portanto, uma dupla função: a típica, de estruturar certas normas em uma unidade de sentido, e a de definir o horizonte de validade e de eficácia dos demais modelos jurídicos, função esta que acaba por conferir-lhe certa proeminência, não hierárquica, mas funcional, dentre os modelos jurídicos²⁵¹.

Preliminarmente à construção de um modelo legal, mostra-se imprescindível evidenciar que a realização de tal mister não é possível senão com a conjugação de outros objetos para além dos textos do direito positivo. Essa impossibilidade decorre,

tridimensional do Direito, pode-se, analiticamente, esclarecer que a estrutura de um modelo jurídico pressupõe: a) dado campo de atos ou fatos da experiência social; b) uma ordenação normativa racionalmente garantida; c) o propósito de realizar *valores* ou impedir *desvalores*, de conformidade com a natureza de cada porção de realidade objeto da investigação científica. Como se vê, os modelos jurídicos são instrumentos de vida segundo pressupostos e categorias que a pesquisa científica elabora em função de cada domínio da realidade social, numa compreensão unitária” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48).

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 10.

²⁵¹ “Desde que conforme, em suma, com a Lei Magna, o modelo legal disciplina a vigência ou a eficácia dos modelos jurisdicional, consuetudinário e negocial, suspendendo a eficácia daqueles que não se achem em sintonia com as normas constitucionais e as normas ordinárias que as complementam. Só nesse sentido, preservado o valor primordial da Constituição, é que se pode falar em primado hierárquico do modelo legal, por sinal que de um ponto de vista lógico e não axiológico. Sob o prisma do valor, todas as fontes se equiparam, dependendo do respectivo conteúdo, ou seja, da qualidade de seus modelos, a sua primazia axiológica” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67)

em síntese, de três razões: de início, pela não equivalência entre enunciado prescritivo e norma jurídica. Aquele, que coincide com o *texto* da lei, é apenas a estrutura sintático-gramatical a partir da qual o interprete constrói a norma, por meio de uma composição articulada de significações aptas a constituir um sentido deôntico-jurídico completo²⁵²; a segunda, é que a norma não é construída *apenas* a partir do enunciado prescritivo, mas sim por um processo dialético que igualmente apreende fatos e valores²⁵³, de modo que estes não podem ser ignorados na construção do modelo jurídico legal; por fim, que “desvendar o sistema ínsito ou imanente ao material jurídico (legislação, costumes, etc.)”, explicitando o direito positivado e esclarecendo o significado de seus textos é função típica da doutrina²⁵⁴, pelo que seria frágil a construção de um modelo jurídico legal sem recorrer constantemente à explicitações doutrinárias.

No mais, a construção de um modelo jurídico legal para o silêncio, considerado estritamente na espacialidade dos negócios jurídicos, implica selecionar as normas de direito positivo que, entre si relacionadas, apresentem uma unidade lógica que exprima a natureza e o sentido jurídico do silêncio neste campo.

Para tanto, reconhece-se que de um lado não é suficiente apenas a cláusula geral que o regulamenta para compor tal modelo, e de outro, que a especificidade de algumas normas não recomenda sejam elas incluídas num modelo que se pretenda unitariamente coerente, ainda que restrito²⁵⁵. Implica dizer que não é possível, talvez nem mesmo recomendado, construir uma “regra geral” para o silêncio que dê conta de todas as hipóteses em que este fato tornar-se juridicamente relevante para a formação ou interpretação de negócios jurídicos. O que se mostra possível e também desejável, e por

²⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 128.

²⁵³ Trata-se do normativismo tridimensional de Miguel Reale, exposto em REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 126-128.

²⁵⁴ “A elaboração doutrinária está em desvendar o sistema ínsito ou imanente ao material jurídico (legislação, costumes, etc.), competindo-lhe <olhar o múltiplo na sua articulação> e interessando-lhe <quer o desenvolvimento de conceitos, quer a exposição das regras jurídicas segundo o seu ‘nexo interno’, quer, por fim, o preenchimento das lacunas da lei (...) por meio da analogia>. O mister doutrinário não é apenas o de explicitar o direito positivado, esclarecendo o significado de seus textos, mas, justamente, o de construir soluções jurídicas úteis à prática, possibilitando resolver os problemas da humana convivência” (MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14-15).

²⁵⁵ São hipóteses legais que, por sua especificidade, não serão incluídas no modelo jurídico legal ora proposto: a do art. 299, parágrafo único, que toma o silêncio do credor como não consentimento para a assunção da dívida; do art. 326, norma supletiva das obrigações por peso ou por medida; do art. 529, norma supletiva dos documentos necessários à substituir a tradição na venda sobre documento; do art. 1.015, concernente aos poderes do administrador da sociedade simples; do art. 1.114, norma supletiva sobre o direito de retirada para as hipóteses em que o contrato social for omissivo; e art. 1.934, norma supletiva quando a incumbência de cumprir o testamento, todas do Código Civil de 2002.

isso constitui o desiderato ora perseguido, é agrupar um conjunto de regras que possa exprimir ao menos o sentido lógico com o qual o Direito Civil apreende tal fato na generalidade dos casos.

Toma-se como ponto de partida o artigo 111 do Código Civil, que pode ser considerado como cláusula geral para a aceitação do negócio jurídico bilateral realizada pelo silêncio. Dispõe o citado artigo que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Trata-se de uma das inovações trazidas com o Código de 2002 e que não encontra correspondente em seu predecessor.

À guisa de nota histórica, a regra específica sobre o silêncio na formação do negócio jurídico bilateral teve sua gênese no anteprojeto do Código das Obrigações elaborado por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemman Guimarães em 1941. O artigo 2º daquele projeto estabelecia que “o silêncio importa anuência quando, segundo os costumes ou as circunstâncias do caso, como tal deva ser interpretado”. Disposição similar se repetiu no projeto de Código das Obrigações de 1965 e, finalmente, no projeto que redundou no atual Código Civil brasileiro, em sua parte geral, redigida por José Carlos Moreira Alves²⁵⁶.

A técnica legislativa com que tal regra foi construída evidencia nítida característica do Direito Civil contemporâneo, a *eticidade*, exposta no item 2.1. *supra*, pela qual o legislador da codificação procurou flexibilizar o rigorismo conceitual e a clausura do sistema jurídico, nele incluindo ferramentas que permitam *inputs* para a apreensão de elementos externos à codificação, sobretudo para sua interpretação e aplicação. Trata-se da estruturação de regras a partir de cláusulas gerais, que segundo Judith Martins-Costa:

Constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis (...) porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada),

²⁵⁶ Cf. ZANETTI, Cristiano de Souza; ROBERT, Bruno. A conclusão do contrato pelo silêncio. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e existencial. Estudo em homenagem à professor Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 259. Em que pese a referência a Moreira Alves, afirma a professora Vera Jacob de Fradera que “a introdução de artigo sobre o silêncio na Parte Geral deve-se a uma sugestão do jurista gaúcho Clóvis do Couto e Silva, um dos membros da Comissão encarregada de elaborar o projeto de Código Civil” (FRADERA, Vera Jacob de. O valor do silêncio no novo código civil. *Revista Jurídica Empresarial*. Porto Alegre, ano 1, n. 02, maio/junho de 2008, p. 127).

de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*²⁵⁷.

Para permitir os mencionados *inputs* e a constante atualização da norma, o legislador vale-se de significantes vagos ou abertos, como *circunstâncias* e *usos*, cujo significado será determinado quando de sua aplicação ao caso concreto, facilitando o trabalho do intérprete que, valendo-se da indeterminação, poderá, ao longo do tempo, aprimorar as normas construídas a partir de um mesmo enunciado prescritivo. Com tal estruturação, a norma extraída da redação do art. 111, hoje, tomará o silêncio de acordo com os usos hodiernos, e daqui a um século, poderá ser atualizada às vicissitudes do porvir que venham a alterar os usos, sem que seja necessária qualquer alteração do enunciado prescritivo.

Em certa medida, as cláusulas gerais não deixam de ser um mandato conferido pelo legislador ao juiz para que ele, diante do caso concreto, construa a norma de acordo com os fatos e valores que se fizerem presentes no momento de sua aplicação²⁵⁸. Relevam, assim, mais uma característica do Direito contemporâneo, nomeadamente o perfil jurisdicional que François Ost chamou de juiz Hércules²⁵⁹, em quem a sociedade deposita a aspiração por um Direito mais justo e consentâneo com o caso concreto.

Relativamente à natureza jurídica do silêncio, objeto da norma em análise, Priscila David Sansone Tutikian apresenta interessante ponto de vista ao constatar que o enunciado prescritivo, deliberadamente ou não, enuncia que nas situações por ele reguladas o silêncio “importa” anuência. Semanticamente, o verbo importar significa

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 6-7. No mesmo texto a autora aponta que a inclusão de tais ferramentas nos códigos contemporâneos deve-se a constatação de que “no universo *craquelé* da Pós-Modernidade, não tem sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas, se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isso não significa que *nenhum modelo de código* possa regular as relações jurídicas da vida privada. A questão adequada, portanto, é: porque delineiam as cláusulas gerais o modelo de Código apto aos nossos dias?”

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 8-9.

²⁵⁹ “Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social” (OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes : tres modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante Vidal. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 14, 1993, p. 177.

redundar, resultar, ter como consequência, o que permitiria deduzir que a própria lei atribui ao silêncio não a natureza de *presunção* de vontade com sentido de anuência, plasmando-se nele a própria manifestação de vontade²⁶⁰. No entanto, parece mais coerente com o sistema do Direito Civil brasileiro, a despeito do verbo utilizado pelo citado dispositivo, que o silêncio é, ao lado da manifestação expressa e tácita, um terceiro *meio* de manifestação de vontade, e não a *presunção* de uma manifestação. Seu sentido, no entanto, será sempre presumido, em maior ou menor grau de dúvida, até pela ambiguidade que lhe é própria²⁶¹.

Decompondo o suporte fático do art. 111, é possível dele extrair dois elementos positivos, alternativos entre si, que agregados ao silêncio permitem tomá-lo como aceitação: as circunstâncias ou os usos, e um terceiro elemento, de caráter negativo, que deve estar presente em qualquer das hipóteses: a ausência de norma que exija a forma de declaração expressa.

Mas afinal, o que seriam tais circunstâncias e qual seria sua natureza jurídica? Pontes de Miranda define as circunstâncias como os elementos extrínsecos que servem à interpretativos dos atos jurídicos, sejam eles elementos da linguagem usada pelos figurantes, atos preparatórios dos atos jurídicos²⁶², ou quaisquer outros dos quais se

²⁶⁰ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113.

²⁶¹ O fato de as manifestações de vontade pelo silêncio terem seu sentido presumido em nada as diminui ou reduz sua aplicação jurídica, valendo lembrar que também o sentido das manifestações tácitas é sempre presumido, mesmo quando concludentes. A própria conclusão nada mais é do que um estado que permite a conclusão, de fácil *presunção*, por um determinado sentido.

²⁶² Em que pese a constante aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, estes sistemas ainda guardam notáveis distinções no que concerne à interpretação dos negócios jurídicos. Exemplo disso é a admissão, nos sistema de *civil law*, de elementos preparatórios dos atos jurídicos, sobretudo dos contratos, como critérios interpretativos, como proposto por Pontes de Miranda e largamente aceito em nossa doutrina, mas que, de outro lado, é inadmitida no direito inglês. A partir do precedente criado no caso *Prenn v. Simmonds*, de 1971, a Câmara dos Lordes estabeleceu como *ratio* a denominada *exclusionary rule*, pela qual as negociações pré-contratuais não devem ser usadas como elemento de interpretação do contrato, eis que apenas este revela o consenso das partes. Nas palavras de Lord Wilberforce, “there were prolonged negotiations between solicitors, with exchanges of draft clauses, ultimately emerging in clause 2 of the agreement. The reason for not admitting evidence of these exchanges is not a technical one or even mainly one of convenience, (though the attempt to admit it did greatly prolong the case and add to its expense). It is simply that such evidence is unhelpful. By the nature of things, where negotiations are difficult, the parties’ positions, within each passing letter, are changing and until the final agreement, though converging, still divergent. It is only the final document which records a consensus. If the previous documents use different expressions, how does construction of those expressions, itself a doubtful process, help on the construction of the contractual words? If the same expressions are used, nothing is gained by looking back; indeed, something may be lost since the relevant surrounding circumstances may be different”. A *exclusionary rule* continua vigente na jurisprudência inglesa, e foi aplicada pela Câmara dos Lordes também nos casos *Yoshimoto v. Canterbury Golf International Ltd.*, de 2000, e *Chartbrook Ltd. V. Persimmon Homes Ltd.*, de 2009. Neste ultimo, Lord Hoffmann dedica um parágrafo exclusivamente para expor que que neste ponto o sistema inglês claramente se distancia do sistema europeu continental. Fato realmente interessante é que a distinção apresentada por Lord Hoffmann se embasa justamente na distinção entre a teoria *subjetivista* do negócio

possa inferir qual foi o propósito do manifestante²⁶³. Paulo Lôbo também as toma no mesmo sentido, citando, além dos exemplos trazidos por Pontes de Miranda, a habitualidade de negócios entre as partes, os comportamentos ou manifestações feitas anteriormente ou durante a relação negocial, o significado ordinário das palavras e termos empregados, os usos do tráfico jurídico e, merecendo esta especial destaque, “a compreensão que a comunidade empresta a certas atitudes negociais”²⁶⁴.

Para além das citadas circunstâncias, sendo um conceito indeterminado, são infinitas as possibilidades de preenchimento de seu conteúdo²⁶⁵, podendo-se citar, ainda, quaisquer fatos que indiquem a aceitação, tal como o consumo ou utilização da mercadoria remetida, o início da execução do negócio, os casos em que o próprio oblato solicita a proposta, dentre tantos outros.

Há autores²⁶⁶ que incluem dentre as circunstâncias que permitem qualificar o silêncio como aceitação a natureza gratuita do negócio (ou exclusivo interesse do oblato), característica cujo exemplo clássico é a doação. No entanto, parece que a

jurídico e as teorias *objetivistas*, atribuindo aquela ao direito francês e esta ao inglês: “Supporters of the admissibility of pre-contractual negotiations draw attention to the fact that Continental legal systems seem to have little difficulty in taking them into account. Both the *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (1994 and 2004 revision) and the *Principles of European Contract Law* (1999) provide that in ascertaining the “common intention of the parties”, regard shall be had to prior negotiations: articles 4.3 and 5.102 respectively. The same is true of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980). But these instruments reflect the French philosophy of contractual interpretation, which is altogether different from that of English law. (...) There is in French law a sharp distinction between the ascertainment of their intentions and the application of legal rules which may, in the interests of fairness to other parties or otherwise, limit the extent to which those intentions are given effect. English law, on the other hand, mixes up the ascertainment of intention with the rules of law by depersonalising the contracting parties and asking, not what their intentions actually were, but what a reasonable outside observer would have taken them to be. One cannot in my opinion simply transpose rules based on one philosophy of contractual interpretation to another, or assume that the practical effect of admitting such evidence under the English system of civil procedure will be the same as that under a Continental system” (Os julgados estão reproduzido em MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 45-49 e estão também disponíveis, na íntegra, em <http://www.bailii.org>, acesso em 25/12/2015).

²⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 434.

²⁶⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239.

²⁶⁵ No Direito Inglês, e. g., “the surrounding circumstances are, by definition, objective facts, which will usually be uncontroversial”, conforme consta do caso *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, julgado pela Câmara dos Lordes em 2009 (cf. MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 48).

²⁶⁶ Cite-se, dentre outros, BENETTI, Giovana. A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG) e no Código Civil brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 289 e ZANETTI, Cristiano de Souza; ROBERT, Bruno. A conclusão do contrato pelo silêncio. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e existencial. Estudo em homenagem à professor Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 273-274.

gratuidade do negócio aproxima-se mais de dispensa da comunicação da aceitação, e não propriamente de uma circunstância que revele o sentido do silêncio, ainda que tal interpretação também seja possível, considerando-se que a recusa a um negócio exclusivamente gratuito é por certo uma exceção no cotidiano social, e como exceção, exigiria o dever de responder de forma negativa.

O destaque da definição das circunstâncias como a “compreensão que a comunidade empresta a certas atitudes negociais” se deve, de um lado, a característica peculiar de em alguns casos não consistirem propriamente em fatos que possam ser objetivamente analisado, mas em uma *concepção social*²⁶⁷ que leva uma certa comunidade a emprestar determinado sentido a um conjunto de elementos fáticos. Certamente tal *concepção* varia de acordo com a espacialidade e com a temporalidade em que é tomada, de modo que tal critério acaba por revelar-se útil instrumento para a apropriação de elementos metajurídicos e para a concretização de um regramento poroso para os negócios jurídicos, permitindo, de fato, a concreção de fato e valor na formação da norma.

Tal concepção corrobora também a apreensão da confiança como um valor jurídico, ao passo que permite considerar como circunstância para fins do art. 111 qualquer fato que, ordinariamente, deflagre nos demais indivíduos envolvidos a crença de que aquele silêncio manifestou uma vontade de aceitação.

É com essa acepção que Antônio Junqueira de Azevedo constrói sua teoria estrutural do negócio jurídico, mas, ao contrário das teorias de Pontes de Miranda e Paulo Lôbo que tomam as circunstâncias como critério interpretativo, Junqueira de Azevedo as compreende como elemento constitutivo da declaração de vontade, e assim, do próprio negócio jurídico²⁶⁸.

Inobstante a divergência quanto à natureza jurídica assumida pelas circunstâncias, os três autores brasileiros eleitos como marcos teóricos no segundo capítulo revelam que as circunstâncias são elementos cuja relevância não se esgota na formação dos negócios jurídicos pelo silêncio, mas pelo contrário, abrange o campo negocial em toda sua amplitude. Desponta, daí, um primeiro vislumbre, ainda que em caráter prospectivo: o de que o negócio jurídico formado pelo silêncio pode se revelar

²⁶⁷ Para o autor, as circunstâncias negociais consistem “exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas)” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122).

²⁶⁸ Tais concepções estão expostas em maior extensão no capítulo segundo.

muito mais próximo dos negócios jurídicos formados por declarações expressas ou tácitas do que à primeira vista se poderia imaginar.

O segundo elemento positivo que agregado ao silêncio permite tomá-lo como aceitação são os usos. Tal significante pode ser tomado em duas acepções, de acordo com sua esfera de atuação: a primeira com o sentido de *costume*, ou seja, de uso geral, de forma amplamente admitida em uma comunidade, e a segunda como *prática comum* entre as partes, e neste aspecto, subjetivamente limitada àqueles que a adotam²⁶⁹.

A primeira acepção, ainda que esteja de fato contida como um dos significados do vocábulo *usos* do artigo 111, e portanto, integre o modelo legal ora proposto, constitui o núcleo do modelo consuetudinário do silêncio, mostrando-se metodologicamente preferível diferir sua análise para o momento da construção do modelo consuetudinário do silêncio.

Na segunda acepção, de prática utilizada por determinados indivíduos, estão incluídas as hipóteses em que as partes, em relações anteriores, admitiram a aceitação de determinado negócio pelo silêncio. Tal critério tem por claro objetivo a proteção da confiança, já que as práticas anteriores influenciam fortemente a convicção de uma parte de que no negócio em desenvolvimento a outra parte seguirá os mesmos padrões por ela seguidos nos negócios anteriormente realizados. Assim, se outrora formou-se um contrato pelo silêncio, não há razão para que os envolvidos não presumam que o mesmo ocorrerá nas oportunidades subsequentes.

O “caso dos calçados Magnanni” julgado em 21 de outubro de 1999 pela Corte de Apelação de Grenoble, no sudeste da França, bem ilustra como os *usos* (enquanto prática entre as partes) qualificam o silêncio como aceitação²⁷⁰. Trata-se de caso em que uma empresa francesa emitiu uma ordem de compra a uma empresa de calçados espanhola, visando adquirir 8.651 pares de sapatos para serem comercializados na coleção de verão da marca Pierre Cardin. Em um primeiro momento a empresa

²⁶⁹ A distinção também é feita por Judith Martins-Costa, que para encerrar a ambiguidade do termo *usos* propõe a adoção do vocábulo *práticas* para denotar um comportamento seguido anteriormente pelas partes em situações análogas, e *usos* para denotar um caráter transindividual, compreendendo não apenas as partes envolvidas mas uma pluralidade de sujeitos, interligados por um fator de atuação, localidade, cultura, etc. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 471).

²⁷⁰ O caso é citado por Giovana Benetti em capítulo intitulado “A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG) e no Código Civil brasileiro”. In: SCHWENZER, Ingeborg (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 289, e pode ser lido no original em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021f1.html>, acesso em 29 de janeiro de 2016.

espanhola manteve-se silente, e somente em momento posterior disse que não havia recebido qualquer ordem e que, portanto, não faria a entrega dos sapatos. Tal fato levou a empresa francesa a adquirir os sapatos de outros vendedores, mas tal atraso prejudicou a colocação tempestiva dos sapatos daquela coleção no mercado, causando uma devolução (pelos lojistas) de mais de dois mil pares de sapatos não vendidos.

Ajuizada ação de reparação, a Corte de Grenoble, com fundamento na Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, entendeu que naquele caso o silêncio da empresa espanhola representou sua aceitação, já que em anos anteriores ela havia atendido às ordens de compra da empresa francesa sem nunca expedir uma aceitação expressa, constituindo, portanto, um *uso* entre as partes, além de não ter respondido negativamente à ordem enviada, mesmo tendo recebido as indicações dos calçados a serem produzidos e sabendo que a empresa francesa precisaria deles para o verão próximo²⁷¹.

O critério dos usos pode também ser utilizado para solver os tão debatidos casos em que o vendedor remete uma oferta de aquisição acompanhada da mercadoria. Em casos tais, acaso as partes já tenham por prática realizar transações nos mesmos moldes, e nelas o comprador não tenha emitido uma aceitação expressa, mas apenas adimplido o contrato, o silêncio do ofertado implicará anuência.

Ainda que sistematicamente desnecessário, seguindo a característica da *operabilidade* que se pretendeu conferir ao Código Civil de 2002, o art. 111 esclarece que a anuência será exprimida pelo silêncio quando presentes circunstâncias ou usos que assim o autorizem, *desde que* não seja necessária declaração expressa. Tal norma em verdade repete o que já consta dos artigos 104, III²⁷², e 107²⁷³, ambos do Código Civil, que condicionam a validade do negócio jurídico ao atendimento da forma prescrita em lei. Ou seja, se o regramento legal da espécie negocial exigir que o negócio

²⁷¹ “Although the seller denied the very existence of a contract of sale and relied on article 18(1) CISG, according to which silence or inactivity does not in itself amount to acceptance, the Court held that the contract had indeed been concluded, even in the absence of any express acceptance on the part of the seller. The Court referred to the practice of previous years, the seller having always fulfilled the French company's orders without expressing its acceptance. Moreover, the seller did not produce, in reply to the many letters of claim from the buyer, any document stating that it had not received any order. In addition, the seller was aware of the buyer's intention to penetrate the footwear market by the summer of 1995 and, even if it had not received any order, it should, after manufacturing samples and being left with the original material in its possession, have questioned the buyer as to how the absence of an order should be interpreted” (France 21 October 1999 Appellate Court Grenoble. *Calzados Magnanni v. Shoes General International*). Disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021fl.html>, acesso em 29/01/2016.

²⁷² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...) III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁷³ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir

se realize pela forma expressa, esta será requisito de validade do ato, de modo que, seja ele composto por manifestação tácita de vontade seja pelo silêncio, estará viciado em sua validade.

Vera Fradera apresenta interpretação mais proveitosa à parte final do dispositivo, entendendo-a com a função de juridicizar as relações de consumo massificadas, que não podem ser qualificadas de contrato, posto que ausente a vontade do aderente, nem como ato-fato, já que bilaterais²⁷⁴. Essa aceção torna possível apreender os *comportamentos sociais típicos* propostos por Paulo Lobo efetivamente como fatos silentes formadores de negócios jurídicos, dando um passo além da teoria da conduta social típica de Larenz, que, não logrando enquadrar tais atos no suporte fático dos negócios jurídicos, propôs que deflagrassem eles próprios relações obrigacionais sem que fosse necessária a intermediação da categoria negocial²⁷⁵.

Esta é, em síntese, a cláusula geral do art. 111 do Código Civil. Tal regra, porém, não esgota o modelo legal do silêncio na formação do negócio jurídico, que deve ser também composto pelas demais regras que, entre si articuladas e mantendo um caráter genérico, confirmam um significado ao silêncio enquanto ato negocial de eficácia constitutiva.

Para a construção de um modelo legal que consiga apreender, mantendo a coerência, um maior número de normas, propõe-se a articulação da regra geral do artigo 111 com as normas contidas nos artigos 432²⁷⁶, que cuida da dispensa de aceitação expressa para formação dos contratos, dos artigos 539²⁷⁷ e 1.805²⁷⁸, que trazem hipóteses de aceitação não receptícia e, finalmente os artigos 112²⁷⁹, 113²⁸⁰ e 422²⁸¹, que

²⁷⁴ FRADERA, Vera Jacob de. O valor do silêncio no novo código civil. Revista Jurídica Empresarial. Porto Alegre, ano 1, n. 02, maio/junho de 2008, p. 141.

²⁷⁵ Sobre as mencionadas concepções de Paulo Lôbo e Karl Larenz, remete-se à nota de rodapé nº 196, supra. Essa é também a concepção de Juliana Pedreira da Silva ao propor a existência de contratos sem negócio jurídico.

²⁷⁶ Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

²⁷⁷ Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

²⁷⁸ Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.

²⁷⁹ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

²⁸⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁸¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

versam sobre a interpretação e integração do negócio jurídico e elegem a boa-fé objetiva como seu cânone hermenêutico.

Dispõe o art. 432 que “se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. O dispositivo corresponde ao revogado art. 1.084²⁸² do Código Civil brasileiro de 1916 e que até a vigência do atual código representou a base normativa da qual partiram as análises do silêncio no Direito Civil brasileiro, inclusive as citadas obras da década de 1930.

O artigo trata das excepcionais hipóteses de aceitação não receptícia. Não admite, de modo algum, a formação do contrato *sem* a aceitação do ofertado. O que o dispositivo autoriza, em verdade, é dispensar a *comunicação* da aceitação. Permanecendo necessária a presença da aceitação, o contrato se forma “no momento em que se dá expressão, em atos, à vontade de aceitar”. Bem ilustra Pontes de Miranda: “a aceitação, a que se dispensou recepção, é manifestação receptícia de vontade a que se cortou a recepticiedade: o mutilado da mão não é o mesmo que o nascido sem mão”²⁸³.

Talvez tenha sido esta a categoria de negócios jurídicos (não receptícios) que mais tenha contribuído para a admissão do silêncio enquanto manifestação de vontade. Em estudo sobre o contrato de formação bilateral no direito comparado, Rodolfo Sacco demonstra como o silêncio foi utilizado pela doutrina francesa para compatibilizar o dogma da bilateralidade dos contratos²⁸⁴ às hipóteses em que a relação jurídica se instaura independentemente da comunicação da aceitação.

²⁸² “Se o negocio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 519-521. Esclarece o autor: “se a comunicação não é necessária, o negócio jurídico bilateral ou plurilateral conclui-se antes de poder o oferente conhecer a manifestação de vontade do ofertado. Mas a vontade do ofertado precisa manifestar-se: se B recebeu a mercadoria, que A lhe oferece, como objeto de compra-e-venda, sem precisar B comunicar que aceita, e B a consome, crendo-a sua, não aceitou”.

²⁸⁴ Atente-se nesse ponto à distinção entre bilateralidade de partes (= negócio jurídico bilateral), consistente na necessidade de duas manifestações de vontade para sua formação, da bilateralidade de prestações (contrato bilateral), consistente no acordo de vontades em que há um dever de prestação de ambas as partes. Oportuno mencionar, ainda, que a bilateralidade de prestações gozava de tanto prestígio quanto o dogma da bilateralidade de partes, ao ponto de Napoleão Bonaparte ter se insurgido contra o projeto do Código Civil francês apresentado pelo *Conseil d'Etat* que classificava a doação como contrato, justamente por não ser dotada da reciprocidade de prestações, a seu ver, imprescindível para caracterizar a relação contratual (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – contratos*. volume 3. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 245).

Conquanto o dogma da bilateralidade se apoiasse na afirmação segundo a qual “a promessa não aceita não pode produzir efeitos”²⁸⁵, o art. 1.108 do Código napoleônico estabelecia que o contrato exigia apenas o consenso da parte que se obriga a determinada prestação, restando clara a contradição entre o dogma da bilateralidade e letra do Código Civil. Para aquele, não haveria contrato sem dupla manifestação de vontade; para esse, o contrato exigiria a manifestação de vontade apenas da parte que se obriga²⁸⁶.

Em defesa do dogma da bilateralidade do contrato, a doutrina da época assentou que ninguém poderia nem mesmo adquirir gratuitamente sem concurso de vontades, e assim “preferiu ignorar as normas do código e afirmar, alternativamente, que a letra da lei contém um erro material, cuja interpretação trata de corrigir com rapidez” sustentando que ao tratar a vontade do obrigado como “consenso” a lei exigiria a bilateralidade, “ou, de modo ilógico, que a própria letra da lei sanciona a bilateralidade do contrato”²⁸⁷.

O consagrado comparatista aponta que, diante de hipóteses em que haveria a dispensa da aceitação (não receptícios), como nos casos de contratos em que somente haveria obrigação por parte do proponente, a doutrina mais recente, visando compatibilizar a existência de tais contratos com o dogma da bilateralidade dos contratos, passou a admitir que o silêncio daquele a quem é dirigida a oferta constitui verdadeira manifestação de vontade²⁸⁸. Segundo o autor:

“De fato, a insuficiência do posicionamento comum é sentida por numerosos autores, que dela se desviam mediante uma adaptação, baseada na figura do silêncio circunstanciado. Subsequentemente, reconhece-se que o silêncio pode valer como uma declaração; acolhe-se, depois, na larga categoria do silêncio circunstanciado, o silêncio simples do oblato a que foi dirigida uma

²⁸⁵ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jakob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

²⁸⁶ Na versão em língua inglesa: “art. 1108 Four requisites are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself”. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, acesso em 08/02/2015.

²⁸⁷ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jakob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

²⁸⁸ É esse também o posicionamento de Pontes de Miranda, que bem evidencia a contradição à qual se expõe aqueles que negam a manifestação de vontade pelo silêncio: “o silêncio, quer a lei lhe dê suficiência para o suporte fático, quer apenas ele se substitua à manifestação expressa ou tácita de vontade, integra o negócio jurídico bilateral. Tem-se querido negar a manifestação de vontade que pode consistir em silêncio. Com isso, estabelecida ficaria inevitável contradição: o negócio jurídico seria bilateral, mas faltaria um dos lados. A fantasia das condutas socialmente típicas e dos elementos fáticos, em vez de atos, nos negócios jurídicos, levou até isso” (*Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97/98).

proposta destinada a vincular apenas o promitente. Naturalmente, não podem recorrer a um tal estratagema lógico os autores que recusam ou ignoram a categoria do silêncio circunstanciado. Estes, ao reafirmar o dogma da bilateralidade e juntamente a relevância da recusa omitida, estão constrictos a contradições²⁸⁹.

O autor mostra que também na Alemanha ocorre fenômeno semelhante. De um lado a doutrina alemã costuma afirmar que o contrato é um negócio bilateral (consistente em duas manifestações de vontade), mas de outro, o BGB, em seu § 516²⁹⁰, estabelece que assinalado prazo pelo doador para que o donatário aceite a doação, no silêncio deste, tem-se por perfeita doação. Rodolfo Sacco aponta ainda que no direito alemão é possível a aplicação analógica de tal artigo, mais precisamente no que concerne à aceitação pelo silêncio (*stillschweigende Willenserklärung*), a qualquer proposta voltada a criar obrigação somente ao proponente²⁹¹.

O mesmo ocorre no direito brasileiro, sobretudo a partir das hipóteses de aceitação não receptícia do contrato de doação e da aceitação da herança. O código Civil de 2002, a exemplo do que já fazia o Código de 1916, expressamente qualifica a doação como contrato (portanto, como negócio jurídico bilateral), no que é seguido pela doutrina. Implica reconhecer, portanto, que se trata de um negócio jurídico formado por duas manifestações de vontade: a de doar (*animus donandi*) e a de aceitar.

Era o que estabelecia a parte final do art. 1.165 do Código de 1916: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, *que os aceita*”. A aceitação, segundo o dispositivo, era claramente um elemento nuclear do contrato de doação²⁹².

²⁸⁹ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108.

²⁹⁰ “Section 516: Concept of donation. (1) A disposition by means of which someone enriches another person from his own assets is a donation if both parties are in agreement that the disposition occurs gratuitously. (2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it. In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment”. Disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1880, acesso em 25/12/2015.

²⁹¹ E o mesmo se daria no direito italiano, ainda que o Código Civil exija para a formação do contrato o consenso de ambas as partes. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111-115). No mesmo sentido, FRADERA, Vera Jacob de. O valor do silêncio no novo código civil. *Revista Jurídica Empresarial*. Porto Alegre, ano 1, n. 02, maio/junho de 2008, p. 133.

²⁹² Clóvis Beviláqua expressamente o afirmava: “Na expressão *contracto*, se indica a conjunção das vontades, a do ofertante ou doador e a do aceitante ou donatário; pois, em regra, é certo que a liberalidade deve ser aceita, expressa ou tacitamente, por aquela a quem visa beneficiar”, e com isso concluía que “se o doador falecer antes de manifestada a aceitação por parte do donatário, estará, de

A questão ganhou relevo em nosso Direito com a promulgação do Código de 2002. O novo diploma, ao reproduzir a referida regra do Código de 1916, dela extirpou a expressão final “que os aceita”²⁹³, o que em tese permitiria a equivocada interpretação de que o contrato de doação não mais exige a aceitação, corroborando a ideia de que não se trataria de contrato.

Por certo não é a melhor interpretação. Tal alteração parece refletir, em verdade, outras conclusões: uma, que a supressão se deu em razão da redundância da redação do Código de 1916 ao estabelecer que o *contrato* somente se perfectibilizaria com a *aceitação*, afinal, essa é a regra dos negócios jurídicos bilaterais; duas, que o Direito admite, para além da aceitação expressa e tácita, também a aceitação pelo silêncio.

Dentre os contratos não receptícios, a questão da aceitação pelo silêncio ganha especial relevância em razão da regra do art. 539 do Código Civil, que permite ao doador, na doação pura e simples, interpelar o donatário para que diga se aceita ou não a doação, entendendo o silêncio do donatário como aceitação²⁹⁴. Há, aqui, inequívoca hipótese de judicialização do *fato* silêncio, que passa a constituir o fato jurídico da aceitação.

Tal como na maioria dos aspectos envolvendo o silêncio, a doutrina diverge quanto a forma de aceitação que se daria pelo silêncio do donatário. Maria Helena Diniz²⁹⁵ e Silvio Rodrigues²⁹⁶ entendem que esse silêncio implica aceitação tácita. Silvio Venosa²⁹⁷, Caio Mário da Silva Pereira²⁹⁸ e Nelson Rosenthal²⁹⁹ qualificam-na como presumida pelo silêncio.

Paulo Lôbo apresenta uma terceira visão quanto a aceitação da doação. Seguindo a tradição do direito brasileiro, o autor reconhece a doação como contrato, e este como negócio jurídico bilateral, mas especificamente em relação ao contrato de

pleno direito, extinta a liberalidade? Certamente” (*Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 216-217).

²⁹³ “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

²⁹⁴ “Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”.

²⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações e contratuais e extracontratuais*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233.

²⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 3º volume. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199.

²⁹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

²⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, 3º volume: contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 250.

²⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação Cezar Peluso. 7ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 576.

doação, difere das posições até aqui expostas por não qualificar a aceitação como elemento essencial do contrato de doação, e portanto, necessário a sua existência. Para o autor, nesta espécie de contrato a aceitação é elemento *complementar* para a tutela dos interesses do donatário, ou seja, é pressuposto de eficácia do contrato em relação ao donatário:

“O Código Civil de 2002 suprimiu a exigência da aceitação para a perfeição do contrato de doação. A aceitação far-se-á sempre que possível, mas nunca como elemento essencial da existência ou de ingresso no plano da existência como fato jurídico. É elemento complementar para tutela dos interesses do donatário porque ninguém é obrigado a receber ou aceitar doação de coisas ou vantagens, inclusive por razões subjetivas. (...) A desnecessidade da aceitação converte a conduta do donatário em ato-fato jurídico. Diferentemente, nos contratos em geral tanto a oferta quanto a aceitação são negócios jurídicos unilaterais, porque vinculam a partir da manifestação de vontade do ofertante e do aceitante, independentemente da manifestação do outro”³⁰⁰.

Segundo o autor, portanto, a doação *existe* pelo simples ingresso da oferta do doador no plano jurídico, oferta esta que tem a eficácia translativa da propriedade suspensa até a aceitação do donatário, que, nessa hipótese, consistirá em um silêncio com natureza de ato-fato jurídico, ou seja, um comportamento que basta por si só, abstraindo o direito de haver ou não vontade de aceitar.

A primeira vista, essa posição poderia parecer contraditória, por admitir negócio jurídico bilateral formado pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, mas não o é. Isso porque, conforme exposto no capítulo anterior, o autor desenha o negócio jurídico como um fato jurídico formado a partir do fato “vontade negocial exteriorizada”, como classicamente concebido³⁰¹, ou pela “conduta humana participante do tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia negocial”.³⁰² Na doação, portanto, o negócio seria formado pela *conduta* silente do donatário, considerada juridicamente suficiente.

Tais posições revelam que também no Brasil a admissão do silêncio como ato jurídico serviu à doutrina construir ou adaptar teorias do negócio jurídico para que pudessem apreender as modalidades de aceitação não receptícia, sem que com isso abandonassem a bilateralidade dos contratos.

³⁰⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 286.

³⁰¹ “A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, §249)

³⁰² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225-226.

Retornando à análise do artigo 432 do Código Civil, que constitui regra geral para a aceitação não receptícia, verifica-se que seu enunciado pode ser dividido em duas partes. Na primeira, refere-se aos negócios “em que não seja costume a aceitação expressa”, e na segunda às ofertas contratuais em que “o proponente a tiver dispensado”.

A primeira hipótese, por tomar como suporte fático os costumes, terá a análise diferida para o tópico sobre o modelo consuetudinário do silêncio. Aqui nos interessa a segunda, ou seja, os casos em que o proponente dispensa a aceitação expressa, plasmado essa dispensa em cláusulas que declaram *que o silêncio será interpretado como aceitação* ou que a oferta será tida como aceita se não respondida dentro de determinado prazo.

A problemática derivada dessas cláusulas se coloca a partir da possibilidade jurídica de o proponente estabelecer, unilateralmente, uma obrigação de responder ao ofertado, mesmo que a resposta não seja exigida pelos *usos* ou pela *lei*³⁰³. Admitida essa hipótese, o silêncio passa a ter o efeito de aceitação a partir de um dever de manifestar a vontade contrária de forma expressa.

Para superar a interpretação literal do dispositivo, que permitiria a validade e eficácia de tais cláusulas na generalidade dos casos, Antônio Junqueira de Azevedo propõe uma interpretação sistemática que restringe tais hipóteses. Sustenta o autor que o ônus de uma manifestação obrigatória não pode ser criado por uma parte em detrimento da outra. Porém, pode-se admitir a criação unilateral de tal ônus nas hipóteses em que ele seja criado *em favor* da outra parte, de modo que a regra só se aplicaria à formação dos negócios jurídicos que impõe deveres apenas ao oferente³⁰⁴. Em última análise, trata-se de incorporar ao artigo 432 a *ratio* das regras da aceitação da doação e da herança (arts. 539 e 1.807 do Código Civil), que apenas admitem o silêncio como aceitação por este ser, ainda que presumidamente, favorável ao silente.

³⁰³ Remete-se aqui às críticas de Marins Rodrigues e de Eduardo Espíndola à inconveniência de tal disposição, expostas no primeiro capítulo, bem como à posição em sentido contrário de Clóvis Beviláqua, para quem “Fora dessas circunstâncias, não se poderá inferior aceitação do silêncio desacompanhado de atos que a pressuponham, ainda que a proposta venha acompanhada de cláusulas cominatórias: considera-se aceito o objeto remetido, se não for devolvido dentro de certo lapso de tempo. Tal exemplo não tem base jurídica. O peticitante não pode violentar a vontade daquele a quem propõe a conclusão de um contrato. Contrato é acordo de vontades” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, v. IV, 3. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 246).

³⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

Encerra o modelo legal do silêncio ora proposto as normas dos artigos 112, sobre interpretação contratual, 113, que elege a boa-fé como vetor interpretativo-integrativo do negócio jurídico e 422, que positiva a boa-fé objetiva em sua dimensão criadora de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos³⁰⁵.

A boa-fé objetiva encerra norma de conduta fundada no comportamento honesto, reto, leal, que recomenda a todos ter em consideração os interesses dos demais indivíduos que compõe o grupo social, sobretudo daqueles em quem nossa conduta pode produzir legítimas expectativas. Seu conteúdo e sentido serão fixados sempre em correlação ao caso concreto, evidenciando, tal como a regra do art. 111, uma estrutura porosa capaz de apreender fatos e valores na conjugação de um conteúdo normativo.

Em que pese essa flexibilidade possa levar a resultados indesejados, mormente a uma aplicação sistematicamente dútil³⁰⁶, a positivação de tal figura jurídica no Direito Civil brasileiro representou um dos principais marcos legais da transição do perfil moderno para o contemporâneo, incorporando ao direito objetivo valores socialmente desejados por uma sociedade de caráter plural e solidária.

Essa regra de conduta apresenta primordialmente três funções distintas: a de cânone hermenêutico-integrativo, de norma criadora de deveres jurídicos laterais e a de norma limitativa do exercício de direitos subjetivos.

Na primeira hipótese, a boa-fé atua tanto como um vetor interpretativo, voltado ao desenvolvimento e concretização da relação negocial de acordo com o sentido que lhe deram as partes (mesmo que para tanto seja necessário flexibilizar as vontades declaradas) quanto como uma norma de concreção voltada a suprir eventuais lacunas negociais, naqueles pontos que não foram cogitados pelas partes quando da formação do contrato, mas cuja regulação se mostra imprescindível a sua realização.

³⁰⁵ Salutar esclarecer que este não se tem a pretensão de análise da boa-fé objetiva, trabalho que além de fugir ao objeto do presente texto, demandaria *per se* extensão muito superior a do presente trabalho. O presente tópico se limitará a expor a forma como a boa-fé contribui para a sistematização do modelo jurídico legal do silêncio no Direito Civil brasileiro. Para verticalização sobre o tema, remete-se à MENEZES CORDEIRO, Antônio. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015; e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

³⁰⁶ Em conferência proferida na Universidade Federal do Paraná, no dia 8 de dezembro de 2014, o prof. Jan-Peter Schmidt, pesquisador do consagrado Instituto Max-Planck de Hamburgo, apresentou o resultado de sua pesquisa sobre a aplicação da boa-fé pelo Superior Tribunal de Justiça. Sua conclusão evidenciou que os julgados tendem a aplicá-la sem preencher seu conteúdo ou argumentar especificamente a razão de aplicação daquele princípio diante do caso concreto, utilizando a boa-fé objetiva como verdadeira “varinha mágica” que permite ao juiz chegar ao resultado que ele deseja de maneira mais rápida, sem necessidade de fundamentação mais profunda ou análise exaustiva das normas possivelmente aplicáveis ao caso.

Essas lacunas não são preenchidas apenas pela presunção de qual teria sido a vontade das partes ou pelas características usualmente empregadas naquele tipo contratual, mas sobretudo por um conteúdo que se apresente de acordo com o sentido total da regulação contratual nos termos em que fora gerada e de acordo com as circunstâncias que a envolveram (sentido econômico-social)³⁰⁷.

Diferentemente das hipóteses das regras jurídicas até aqui desenvolvidas, que tomam o silêncio como ato próprio da fase de formação do contrato, a boa-fé objetiva, em sua função hermenêutico-integrativa volta-se sobretudo à fase da execução, do desenvolvimento contratual. Relativamente ao silêncio, a boa-fé terá especial relevância ao não tutelá-lo como fato externo ao contrato, ou seja, significando ausência de voz ou de comunicação, mas primordialmente pelo significado de vazio normativo, como espaço necessário da regulação contratual deixado em branco.

A primeira vista, a redação do art. 112, ao determinar que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, poderia levar a pensar que o dispositivo consagra a teoria subjetiva do negócio jurídico, fazendo prevalecer a vontade interna dos contratantes ao conteúdo objetivo do negócio jurídico. Não é essa a melhor interpretação, e já não o era ao tempo de Clóvis Beviláqua³⁰⁸.

A norma a ser construída a partir do texto transcrito destina-se aos negócios em que as declarações não sejam suficientes para exprimir o conteúdo negocial em sua integralidade, ou que apresentem dúvidas quanto aos exatos contornos desse conteúdo. Diante de tais casos, a norma não remete a solução à vontade interna, psicológica, dos contratantes, mas à intenção comum das partes materializada na declaração negocial, e que, por meio dela e circundada pelos diversos elementos externos ao negócio, deu lugar à totalidade do conteúdo negocial, em toda a sua complexidade³⁰⁹. Não sem

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428-435.

³⁰⁸ Vide nota 53 supra.

³⁰⁹ Vale a transcrição da elucidativa lição de Judith Martins-Costa, especificamente ao afastar a tendência de tomar-se a norma do art. 112 como norma interpretativa que juridiciza a vontade interna: “Na busca do significado declarativo (seja expresso na declaração, seja inferido de um comportamento concludente) a atenção do intérprete deverá estar voltada, primeiramente, à intenção tal qual exteriorizada (por palavras ou por comportamentos), buscando-se um sentido conotado à manifestação socialmente apreensível. Porém, essa apreensão também é conotada a um determinado contexto. Por isso o art. 113 indica deverem os negócios jurídicos ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar da celebração (...). A regra do art. 112 do Código Civil supõe, primeiramente, comportar toda declaração de vontade, em potência, uma pluralidade de sentidos, como é conatural à linguagem. EM segundo lugar, está a significar que a declaração negocial, elemento nuclear do negócio jurídico, exerce funções *modeladoras* do conteúdo dos negócios e dos seus efeitos. Em terceiro lugar, está a dizer que o objeto da interpretação jurídico é

propósito afirmava Pontes de Miranda que “quem interpreta põe-se entre o que foi manifestado, expressa ou tacitamente, ou pelo silêncio, nas circunstâncias em que se manifestou a vontade e o que alguém há de entender”, arrematando que, “não se interpreta o instrumento; interpreta-se o negócio jurídico que foi instrumentado”³¹⁰.

Essa regra convive simbioticamente com a boa-fé objetiva em suas dimensões hermenêutica e integrativa, formando com ela um compósito normativo que se propõe a dar sentido ao negócio jurídico a partir de uma interpretação internamente conformada, notadamente ao propor a articulação de suas regras na construção de um sentido negocial único, e ao mesmo tempo poroso aos dados externos ao negócio, permitindo que a ele se integrem na revelação do significado negocial.

Dessa sorte, a interpretação do negócio deverá ter como ponto de partida a declaração negocial na forma como exteriorizada, agregando-se, na sequência, como elementos interpretativos, a boa-fé objetiva e os usos do lugar onde foi celebrado o negócio³¹¹.

Desse modo, o interprete deve antes buscar o sentido econômico social do próprio negócio jurídico, unitariamente considerado, para a partir dele determinar o sentido de uma expressão, cláusula, ou regulamentação insuficiente ou equívoca. Para além do sentido contratual, o interprete deve valer-se de elementos externos ao negócio, sejam eles de natureza normativa, como a) os princípios jurídicos materiais, b) os *usos* comuns àquela espécie negocial, c) o ônus de falar claro ou a interpretação contrária a

cognoscível por <comportamentos exteriormente reconhecíveis no mundo social, e não por uma ‘vontade’ que tenha permanecido como mero fato psicológico, sem se dar uma objetivação adequada que a torne objetivamente reconhecível>. Essa objetivação resta expressa na decisão a final adotada pelas partes, de concluir o contrato com tal ou qual conteúdo. E em quarto lugar, está apontando para *critérios* que possibilitam determinar, na pluralidade potencial de sentidos da linguagem empregada pelos contraentes, qual deles deve prevalecer. Entre o sentido literal da linguagem e a intenção consubstanciada na declaração, esta prevalece. Não a intenção como fato psicológico, retida na interioridade do agente, mas aquela *consubstanciada* na declaração, é dizer: aquela expressada por meio de um comportamento socialmente reconhecível e racionalmente controlável, que é a de manifestação declarativa (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 448-452).

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 172. Quanto aos elementos de interpretação, Judith Martins-Costa também expressamente se refere ao silêncio como um dos fatos que podem ser captados pela interpretação do negócio: “não se interpretam apenas textos, mas, por igual, condutas, intenções, fatos, indícios e também o silêncio, para qualifica-los segundo as categorias do Direito, chegando à solução do caso concreto” (Ibidem, p. 445).

³¹¹ A partir destes três elementos interpretativos (declaração, boa-fé objetiva e usos locais) é possível afirmar que o Código Civil brasileiro agasalhou a teoria da confiança, ao menos para a fase de interpretação do negócio jurídico, eis que prima, desde a base, pelo sentido social que é comumente apreendido a partir daquela declaração, utilizando-se para tanto do sentido objetivo da boa-fé, e portanto, de um sentido socialmente aceito e preocupado com o *alter*, bem assim dos usos do lugar da celebração, tomados aqui como costumes locais.

quem redigiu o instrumento, d) a interpretação em favor do aderente ou do consumidor, sejam fático contextuais, como a) as circunstâncias que envolveram a formação e a execução daquele negócio, b) a finalidade do negócio, ou c) o comportamento das partes antes e durante a execução da avença, ou mesmo as práticas (usos) adotados pelas próprias partes em negócios anteriores³¹².

Pode-se pensar em um contrato de cessão de direitos autorais firmado entre um consagrado escritor e um Estado membro, pelo qual o escritor cede os direitos autorais relativos a um já famoso e prestigiado romance de sua autoria para que a Secretaria de Educação daquele Estado possa editá-lo e distribuí-lo para que a obra possa contribuir com o fomento à cultura e o incentivo à leitura em um Estado cuja população é econômica e culturalmente carente.

O contrato no entanto é silente quanto a forma de edição e distribuição dessa obra. Os signatários não cogitaram tal questão quando da constituição do negócio, e durante a execução do negócio, a Secretaria de Cultura daquele Estado resolve editar a obra em formato impresso e digital, e disponibilizá-la gratuitamente em seu site. O autor insurge-se contra tal forma de edição e divulgação, e ajuíza ação inibitória para que o Estado seja obstado de editar e oferecer sua obra em formato digital. Como poderia o juiz solver esse silêncio contratual?

Recorrer à vontade das partes não seria possível, dado que elas sequer cogitaram dessas questões; também não se poderia aplicar as regras usuais a tais tipos de contratos, dado que a cessão de direitos autorais, seja por constituir uma solução que não atende à situação concreta, seja por não existirem elementos típicos quanto a forma de divulgação em tais contratos. Trata-se, aparentemente, de uma questão sem solução.³¹³

Aparentemente, apenas, pois a aplicação da boa-fé objetiva, em sua dimensão hermenêutico integrativa, pode oferecer solução axiologicamente coerente com o pacto

³¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 459-488.

³¹³ A cogitada hipótese sem solução, ou um “beco sem saída”, deriva do termo *deadlock* sugerido pelo prof. Antônio Manuel Hespanha por oportunidade do seminário sobre pesquisas em andamento, realizado em 10/09/2015 pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Ao dialogar sobre a presente pesquisa, o professor em muito contribuiu ao colocar o ‘problema’ do silêncio como uma questão sociocultural construída e reconstruída ao longo da história: “O que é ‘falar’ e ‘não falar’ para o ser humano? Isso varia de época para época. O silêncio no fundo é um *deadlock* que o direito tem de resolver – o sistema de vida não pode ter um beco sem saída - o direito tem de dar-lhe uma solução. Essa solução deriva do que é humano e de como é o trato entre as pessoas. É essa a base da racionalidade construída para o silêncio. Mudando a base, muda a racionalidade. É no fundo uma questão cultural. Em vilas da idade média em que tudo já era estabelecido e regulamentado costumeiramente, o silêncio não tinha importância, pois já se sabia como se davam as situações. Hoje o cenário mudou.”

e contribuir com a realização da avença. Buscando qual foi o “sentido total da regulação”, notadamente sua finalidade econômico-social e recepcionando como elemento de interpretação as circunstâncias que envolveram a formação do pacto, será possível suprir tal ausência com uma regulação que atenda ao interesse das partes materializado naquele contrato.

Na espécie, contribuiriam para a elucidação do *sentido contratual* o fato de ser um contrato gratuito, interpretado sempre restritivamente; de ser orientado, objetivamente, em direção ao desenvolvimento cultural, e subjetivamente, em favor da população carente de uma determinada espacialidade, o que permite concluir que a divulgação por meio digital não chegará ao público inicialmente objetivado, que não tem acesso a tais meios; a circunstância da obra já ser famosa, de modo que sua disponibilização pela internet excederia os limites territoriais e subjetivos inicialmente previstos e prejudicaria os interesses econômicos do autor em outros Estados, dentre outros elementos normativos e contextuais.

A boa-fé objetiva, nessa hipótese, servirá como verdadeiro *input* a permitir agregar tais elementos ao *sentido total* do contrato e, a partir dele, apresentar uma norma supletiva ao silêncio das partes que restrinja a edição ao meio físico e inadmita a disponibilização pela internet. Ao fazê-lo, a norma de conduta acabará por juridicizar o silêncio (enquanto fato), conferindo-lhe um sentido normativo e integrando-o ao regramento contratual. A regra hermenêutica integrativa terá por suporte fático o silêncio negocial, e como consequente normativo a atribuição de determinado sentido àquele silêncio.

Para além de interpretar e integrar o sentido do negócio jurídico, a boa-fé objetiva revela-se também em sua função de criação de deveres, chamados secundários ou laterais³¹⁴. Tais deveres não se confundem com os deveres típicos do contrato (primários), tampouco com os deveres criados pela função integrativa (como o de não divulgação por meio digital, construído no exemplo anterior) eis que dependentes de um silêncio ou lacuna contratual. Consistem os deveres laterais em deveres de cooperação e

³¹⁴ Ao contrário das demais normas até aqui analisadas que o tomavam ou como negócio jurídico unilateral de aceitação ou, quando interno ao negócio, como fato jurídico cuja eficácia é construída casuisticamente a partir da função hermenêutico-integrativa da boa-fé objetiva, a partir a juridicização do silêncio pela boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres laterais, encerra-se o modelo jurídico legal do silêncio enquanto ato lícito, inaugurando-se um segundo modelo legal, que o apreende como ato ilícito.

proteção dos interesses recíprocos das partes³¹⁵, como, *e. g.*, deveres de aviso, informação e esclarecimento ao *alter* sobre riscos, custos e opções relativas ao objeto contratual, ou deveres negativos de não obstar ou dificultar a realização do objetivo perseguido pelo contrato.

Ainda que aplicável a todas as espécies negociais, o dever de informação apresenta-se de forma mais acentuada nos negócios jurídicos de consumo e nas relações médicas³¹⁶. Veja-se, a propósito, o *decisum* do Superior Tribunal de Justiça que atribui ao silêncio face o dever de informação a natureza de “patologia repreensível”:

“A informação é irmã-gêmea – “inseparável”, diz Jorge Mosset Iturraspe (*Defensa del Consumidor*, 2ª ed., Santa Fé, Rubinzal - Culzoni, 2003, p. 29) - dos Princípios da Transparência, da Confiança e da Boa-fé Objetiva. Sem ela, esses princípios não se realizam. Por isso se apregoa que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação. Perceptível, então, a contradição entre aqueles que pregam o “livre mercado” e, ao mesmo tempo, negam, solapam ou inviabilizam a plena informação ao consumidor.
(...)

O dever de informação exige comportamento positivo e ativo, pois o CDC afasta a regra do *caveat emptor* e **não aceita que o silêncio equivalha à informação, caracterizando-o, ao contrário, como patologia repreensível, que só é relevante em desfavor do fornecedor, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão, punida civil, administrativa e criminalmente no CDC.**

Comportamento positivo e ativo quer dizer que o microssistema de proteção do consumidor não se coaduna com meia-informação, semi-informação, proto-informação ou informação parcial, qualquer que seja o termo que se escolha. Informação ou é prestada de forma completa, ou não é informação no sentido jurídico (e prático) que lhe atribui o CDC.

Nos termos do art. 31, do CDC, a informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou mesquinha), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. Por outro lado, informação adequada, como exigida pelo art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, quanto a este último aspecto, a diluição de informações efetivamente relevantes ou o uso de informações soltas, destituídas de qualquer serventia para o consumidor, ou seja, a sobrecarga de informação, que induz o destinatário a ignorá-la (Iain Ramsay, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p.75)

No caso específico dos autos, qual a relevância de registrar apenas “contém glúten”? A esmagadora maioria dos consumidores (inclusive o próprio Relator deste Recurso Especial, que desconhecia a existência da doença celíaca) certamente responderá: “E daí?” ou “O que eu tenho com isso?”. A utilidade, mais ainda em um País pouco educado em temas de saúde pública, só aparece quando a informação é vinculada à doença celíaca, que os

³¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 522 e seguintes.

³¹⁶ “(...) a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado” (STJ – Quarta Turma. REsp 467.878/RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ de 10/2/2003).

fornecedores-associados da Impetrante pretendem, intencionalmente, omitir: "Contém glúten: a existência do glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos."

Omita-se, na frase em questão, a referência à prejudicialidade do glúten ao bem-estar dos celíacos, e o alerta se transforma em informação-conteúdo, deixando de ser informação-advertência, como prevista na parte final do art. 31 do CDC "bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores". Faltando-lhe o sentido de advertência, a informação dos fabricantes deixa de ser "clara e precisa" para os fins a que se propõe. É subinformação, destituída de qualquer operatividade.³¹⁷

Para além de ilustrar com solar clareza como se dá a incidência dos deveres laterais derivados da boa-fé objetiva, o caso se presta a evidenciar o modo pelo qual esses deveres contribuem para a articulação do modelo jurídico legal do silêncio. A partir da incidência de deveres laterais que impliquem em prestar informações, alertar, e de um modo geral, contribuir com o esclarecimento dos envolvidos nas relações interprivadas, o silêncio de uma das partes pode assumir o contorno jurídico de ato ilícito, de "patologia repreensível", mesmo que não haja qualquer previsão contratual ou legal expressa que seja diretamente desrespeitada pelo silente.

Tais deveres não restringem-se aos contratos de consumo. A compreensão da obrigação em sua concepção dinâmica, que vê no interesse contratual um projeto comum para o qual todas as partes devem colaborar visando o adimplemento, permite apreender também o dever de informação no âmbito dos contratos civis. Sua fonte será igualmente a boa-fé objetiva, mas o grau de exigência desse dever dependerá, segundo Vera Fradera, de critérios como a pertinência da informação com o objeto contratual, com sua utilidade (interesse contratual) ao credor da informação e o próprio custo necessário para tal informação, eis que inexoravelmente refletirá no custo da própria operação³¹⁸.

Ao tempo do Código de 1916, Antônio Junqueira de Azevedo advertia que um dever geral de informar somente pode ser extraído a *contrario sensu* do art. 94 do Código Civil (atual art. 147), que estabelecia a sanção de invalidade ao negócio jurídico cuja formação derivou de omissão dolosa³¹⁹, posição que, embora restritiva, se

³¹⁷ STJ – Segunda Turma. REsp. nº 586.316/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 17/04/2007, sem negrito no original.

³¹⁸ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: _____; MARTINS-COSTA, Judith. *Estudos de Direito Privado e Processual Civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 238-240.

³¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

justificaria pelo fato de aquele código não conter regra expressa sobre a boa-fé, como o fez o Código Civil de 2002.

A terceira atribuição que tradicionalmente se confere à boa-fé objetiva é a *função corretora*, consistente em direcionar condutas a partir de um *standard* de probidade e lealdade. Essa função se revela em duas dimensões: a primeira voltada a impedir o exercício manifestamente desleal de um direito ou pretensão; a segunda de corrigir o conteúdo negocial, nas hipóteses de abusividade e de desequilíbrio contratual³²⁰. Ao modelo jurídico legal do silêncio interessa a primeira dimensão, por conferir-lhe maior relevância.

Enquanto norma de controle do modo de exercício de direitos e posições jurídicas, a boa-fé objetiva atua como instrumento de conformação de condutas que, embora apresentem-se formalmente em conformidade com as regras que a disciplinam, revelam-se ilícitas quando consideradas em conjunto com as circunstâncias que as envolvem³²¹. Essa função conformadora compreende diversas figuras jurídicas como, *e. g.*, a proibição ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)³²², o abuso de direito, a *exceptio non adimpleti contractus*, dentre outras.

Para ficar apenas no primeiro exemplo, é possível vislumbrar situações em que a aplicação do *venire contra factum proprium*, embora não seja imprescindível para tanto, corrobora e de certo modo suplementa a interpretação conferida ao art. 111 do Código Civil que permite reconhecer o silêncio como negócio jurídico de aceitação quando apresenta-se de forma concludente.

Anderson Schreiber arrola quatro pressupostos para a aplicação do *venire contra factum proprium*: a) uma conduta inicial que exteriorize determinado sentido; b) a crença de outrem no sentido exteriorizado pela conduta; c) outra conduta do mesmo

³²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 571.

³²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 611.

³²² “Trata-se de uma aplicação da boa-fé em sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standarts* impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão *exercício inadmissível de direitos*, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé (...) O *nemo potest venire contra factum proprium* tem como consequência primordial impedir o exercício da conduta contraditória, ou seja, tornar inadmissível o comportamento posterior. Para muitos autores, esta é a única consequência do *venire contra factum proprium* ou, pelo menos, a que o caracteriza” ” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 89 e 162).

agente, em sentido contrário ao da primeira; e d) um dano ou potencial de dano àquele que confiou no sentido originário³²³.

Assim, aquele que permanece em silêncio diante de circunstâncias que façam com que tal inação seja socialmente reconhecida com sentido positivo, de modo a criar em um terceiro legítima confiança nesse sentido, não só terá tal silêncio reconhecido como aceitação por força do art. 111, como também, por força da proibição ao comportamento contraditório, não terá reconhecida como juridicamente válida uma manifestação posterior em sentido negativo, com intuito de infirmar o primeiro sentido, se tal manifestação prejudicar aquele que confiou tratar-se de aceitação. O cotejo de tais normas evidencia mais uma vez a possibilidade de construção de um modelo legal para o silêncio no qual as normas componentes articulam-se entre si, confirmando os sentidos umas das outras.

É justamente este o reflexo mais relevante que a boa-fé objetiva, enquanto norma obstativa de exercício desleal de direitos, irradia sobre a questão do silêncio: a juridicização da conduta silente que, formalmente conforme às normas que a disciplinam, revelar-se ilícita quando circunscrita ao desenvolvimento de uma relação negocial. O que se cogita é que as partes, a partir do momento que se propõe a estabelecer uma relação negocial, vinculam-se não só ao dever primário objeto da obrigação e voluntariamente definido, como também aos deveres secundários, ou laterais, impostos pela boa-fé objetiva em sua dimensão criadora de deveres.

Tais deveres exigem que as partes colaborem entre si, fazendo todo o possível para adimplir a obrigação em sentido positivo, ou seja, para que ao final da relação as partes tenham satisfeitos os interesses que as levaram a formar o vínculo negocial. Nas palavras de Couto e Silva, “o fim comanda toda a relação jurídica e conforma os deveres e direitos que a relação jurídica produz em contato com a realidade social, no curso de seu desenvolvimento”³²⁴.

Em muitas hipóteses, sobretudo nos dias atuais, a relação jurídica somente pode se desenvolver de forma plena se ao longo do tempo seus partícipes tiverem as informações que se fizerem necessárias para atingir o adimplemento pleno, razão pela qual há deveres de informação, clareza e transparência impostos pela boa-fé, como já aludido anteriormente. É a partir de tal perspectiva que se pode afirmar que nas relações

³²³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 132

³²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 97.

negociais há de fato um *dever* de uma parte informar, e caso não o faça espontaneamente, de responder a outra parte quando solicitada sobre informações que sejam necessárias ou possam contribuir de forma substancial para o adimplemento das obrigações entabuladas, mesmo que tal informação beneficie exclusivamente aquele que a solicita, facilitando o cumprimento do dever principal por ele assumido.

Nessa linha, ainda que não haja uma previsão contratual impondo o dever de um contratante responder ao outro, tampouco sendo hipótese de incidência de um dever legal expresso de dar informação, como ocorre sobretudo na seara do Direito do Consumidor e nas relações médicas, é possível vislumbrar, a partir da aplicação conjugada da boa-fé em sua dimensão criadora de deveres laterais e da boa-fé como norma de controle do exercício desleal de direito, uma expansão do dever de responder que incida de forma genérica no campo das obrigações, desde que, claro, limitado às informações pertinentes ao objeto do negócio e úteis ao seu desenvolvimento.

Ainda que aquele que silencia, no *iter* obrigacional, sobre informações que lhe foram solicitadas, a primeira vista, o faça dentro dos limites formais de seus direitos, afinal, inexistente previsão negocial ou regra legal que lhe imponha o dever de responder ao outro participe, exerce tal direito de forma desleal e em desconformidade com o desenvolvimento obrigacional direcionado ao adimplemento. É neste ponto que adquire especial relevo a boa-fé objetiva em sua dimensão conformadora, notadamente ao tomar a inércia da parte como conduta ilícita.

Para a correção dessa conduta, a boa-fé pode deflagrar tanto uma eficácia constitutiva de obrigação de indenizar, como, dependendo da hipótese, de direito formativo extintivo da relação negocial em favor daquele que não obteve as respostas que lhe eram necessárias, ou ainda uma eficácia extintiva do direito do silente de reclamar por eventual cumprimento inexato da obrigação que decorra da carência das informações a ele solicitadas e não respondidas.

Evidencia a aplicação da boa-fé em sua função conformadora de condutas a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que na espécie, em razão dos deveres laterais imputados ao credor, qualifica seu silêncio como ato de má-fé que deflagra eficácia constitutiva do dever de indenizar:

Importa ressaltar, ainda, que sob a ótica da boa-fé objetiva, o negócio jurídico celebrado impõe deveres de conduta às partes contratantes em todas as fases da relação obrigacional, inclusive na fase pós-contratual. De modo que, constitui evidente má-fé, o protesto de títulos emitidos em duplicidade e descontados em instituições financeiras diversas, principalmente, diante do

silêncio do Apelado sobre o recebimento de valores em dobro, conduta que ofende o dever de cuidado imposto a qualquer credor. Diante disso, pelo pagamento à maior de dívida em decorrência de ilícito cometido pelo Apelado, evidencia-se o dever de indenizar pelos prejuízos materiais de forma dobrada, nos termos do art. 940.³²⁵

Concluem o modelo jurídico legal do silêncio no Código Civil brasileiro duas regras que atuam uma no campo da validade e outra no da eficácia. Trata-se das figuras do *dolo invalidante* e do *dolo accidental*, próprias da espacialidade do negócio jurídico e cujo suporte fático é composto pelo silêncio.

O primeiro, o dolo invalidante, está positivado no art. 147 do Código Civil, que assim dispõe: “nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

Ainda que se reconheça que o dolo, como vício de consentimento, não possui necessariamente o contorno jurídico de *ato ilícito civil*, opta-se por mantê-lo dentre os exemplos de atos ilícitos por toma-los aqui em seu sentido amplo, como atos contrários ao Direito, conquanto condutas antijurídicas³²⁶.

Segundo Pontes de Miranda, constitui o dolo invalidante “um ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou se conforma outrem em representação errônea” que pode perfeitamente ser realizado pelo silêncio. Ainda segundo o autor, “não é preciso que consista em comunicação direta de conhecimento (palavras, escritos, gestos); pode consistir em ocultação de defeito, ou resultar de outra omissão, ou de atos positivos, ou negativos, ou positivos e negativos, que levam, ou concorram, ou mantenham em informação errônea a outra pessoa”³²⁷.

Há dois elementos essenciais à configuração do dolo: (a) ação ou omissão consciente de uma das partes visando induzir ou manter a outra em erro sobre circunstâncias do negócio jurídico bilateral; (b) que o erro em que ocorreu a parte seja

³²⁵ TJPA. 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA. Apelação Cível nº 2015.02382065-98, Rel. Constantino Augusto Guerreiro, DJ de 06/07/2015.

³²⁶ “Temos de concluir que o dolo invalidante, em essência, não pressupõe a ocorrência de *ato ilícito civil*, (a) primeiro, porque não lhe é inerente o dano ao *deceptus*. Basta que haja o engano provocado e a circunstância de que o enganado não realizaria o ato se conhecesse a realidade para que concretize o ato invalidante. (b) Depois, porque o ilícito, em sentido próprio, tem como pressuposto a imputabilidade do agente, além da antijuridicidade da conduta, requisito que não se exige para o dolo. (...) Não há relação de essencialidade entre o dolo e o ato ilícito, embora em sentido amplíssimo se possa dizer que o dolo é ilícito, porque é antijurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219).

³²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 443.

determinante para a realização do negócio, ou seja, que sem ele, o negócio não seria concluído³²⁸.

Seria o caso, *e. g.*, do pretenso comprador que, conversando com o vendedor sobre um vaso que lhe despertou interesse, revela que estava procurando um vaso chinês, e gostou ainda mais daquele por ser da dinastia Ming, estando realmente satisfeito por tê-lo encontrado. O vendedor, sabendo que aquele não é um vaso chinês, mas de outra origem e mesmo de outra época, omite tais circunstâncias para não perder a venda. O silêncio, aí, constitui dolo invalidante, pois refere-se a elemento determinante para que o comprador adquirisse o vaso: sua origem chinesa.

Daí se extrai que o silêncio sobre determinado fato ou circunstância do negócio jurídico, cuja consequência seja criar ou manter na outra parte falsa representação da realidade sobre o negócio jurídico, constitui o suporte fático do dolo invalidante em sua modalidade omissiva. Não se exige que o agente seja imputável ou que haja dano para a parte induzida em erro, bastando que o silêncio seja intencional.

Tamanha a relevância do silêncio em tais casos que se equipara, ao menos em seus efeitos, ao ardil realizado por uma das partes por declarações expressas visando a enganar a outra, o que, mais uma vez, demonstra que o silêncio consiste em um processo comunicacional tanto quanto a palavra falada ou escrita. Uma vez configurada a hipótese de dolo invalidante, tem-se por viciada a vontade que deu origem ao negócio jurídico, tornando-o anulável.

Não sendo a circunstância silenciada essencial à celebração do contrato, ainda que seja relevante ou contribua para tanto, faltaria um dos elementos necessários à configuração do *dolo invalidante*: o caráter determinante do erro por ele causado. O silêncio relativo a circunstância não determinante é insuficiente para preencher o suporte fático do dolo invalidante, constituindo outra espécie de ato contrário a direito, a do ato ilícito indenizativo.

Remetendo-se ao mencionado caso da compra do vaso, mas considerando-se agora que o vaso de fato era de origem chinesa, mas não datasse da dinastia Ming. O comprador manifestou ao vendedor que o fato de ser um vaso Ming o deixara com ainda maior vontade de adquiri-lo, permanecendo silente o vendedor sobre o equívoco para poder cobrar um valor superior pelo item.

³²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

Nessa segunda hipótese, a circunstancia omitida não seria suficientemente relevante para impedir a conclusão do negócio a ponto de se autorizar a anulação da compra e venda, mas certamente repercutiria no preço pago pelo vaso. Trata-se de *dolo accidental*, que se qualifica como ato ilícito indenizativo decorrente da violação pelo vendedor do princípio da boa-fé objetiva em sua já mencionada função criadora do dever lateral de esclarecimento e informação.

Mas nem sempre o silêncio, enquanto abstenção, será sancionado. Para tanto, será necessário que seja “tão eloquente quanto uma mentira ou quando houver dever se silenciar”³²⁹.

Para que haja a configuração do ato ilícito indenizativo, são necessários os elementos ordinários da responsabilidade civil, quais sejam: (a) ato culposo ou doloso contrário ao direito; (b) superveniência de dano e (c) nexo causal entre a conduta ilícita e o dano. No exemplo colacionado, o silêncio intencional configuraria o descumprimento dos deveres de esclarecimento/informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva, revestindo-se, assim, de ato ilícito.

A sanção aplicada a casos tais não é a da anulação do negócio (efeito constitutivo negativo), mas de criação de um dever de reparar (constitutivo positivo) às perdas e danos sofridos em razão da omissão³³⁰, o que representaria, no caso concreto, a diferença entre o valor de um vaso de porcelana da qualidade que se acreditada e o valor de um vaso de porcelana da qualidade adquirida³³¹.

Com tais hipóteses é possível sintetizar dois modelos jurídicos legais para o silêncio no campo dos negócios jurídicos: o do silêncio enquanto ato lícito, sobretudo como manifestação de vontade, e o do silêncio enquanto ato ilícito.

3.2. O MODELO JURÍDICO CONSUETUDINÁRIO DO SILÊNCIO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

³²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

³³⁰ “Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”.

³³¹ Há ainda hipótese em que o silêncio constitui ato ilícito caducificante, como nos contratos de seguro, quando o segurado silencia sobre um evento superveniente que agrave o risco contrato. Provando-se que o fez de má-fé, o segurado perde o direito ao prêmio contratado (art. 769). Porém, sendo regulação específica dos contratos de seguro, não apresenta generalidade suficiente para ingressar no modelo jurídico legal ora proposto.

A segunda espécie de modelos ora proposta é o modelo jurídico consuetudinário ou costumeiro do silêncio, construído na espacialidade do Direito Civil brasileiro. Esse modelo toma como pressuposto o reconhecimento de que o Direito não se encerra no Direito posto pelo Estado, concepção há muito superada³³², afinal, a lei não pode contemplar todas as hipóteses de fenômenos sociais, pelo que constantemente surgem casos concretos a demandar resposta jurídica para situações não contempladas pelo direito positivo: como já se disse, os casos serão sempre maiores que a lei.

A dinâmica social constrói formas de controle e disciplina dos indivíduos para além do Direito, dentre as quais os usos ou costumes³³³, cuja relevância é tamanha que o próprio direito positivo acaba por conferir-lhe aplicação suplementar³³⁴.

Esse caráter de complementaridade merece algumas considerações. Ainda que o Estado de Direito tenha por característica a submissão de todos à lei, não é de todo correto afirmar que esta se sobrepõe a outras esferas de normatividade. No plano do Direito pode existir uma hierarquização interna entre as fontes, mas deixando seus limites e ingressando no plano social, do qual o Direito faz parte, é o grau de acolhimento e a força persuasiva das normas que determinará qual prevalece e qual é preterida.

Pontes de Miranda, com a força ilustrativa que lhe é própria, bem elucida a questão:

Não poderá fugir à pecha de insensatez estatuir a lei a respectiva preponderância em relação ao costume ou limitar qualquer fonte do direito. Não é função da atividade legislativa, como não o é dos três ou quatro exércitos combatentes declarar a vitória; algum deles pode vencer, mas é isto coisa diversa do que simples julgamento prévio. (...) Quando o costume serve ao organismo total e deve este caracterizar-se, o que se dá pela apropriação ou incorporação do *superavit* de forças positivas, o costume vence a lei, o rebanho arrasta o pastor. Quando o costume serve ao indivíduo ou ao círculo inferior para lhe assegurar a existência, é força que se utiliza para evitar a submissão às forças contrárias; se o costume impede a formação ou o traçado

³³² Para a relação entre as fontes normativas não tradicionais (sobretudo mecanismos de disciplina, de controle e do biopoder) e as normas estatais, remete-se a FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a 'norma': Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281; para uma visão do pluralismo jurídico a partir de uma perspectiva das fontes não estatais, vide HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

³³³ “A aplicação do direito costumeiro – aliás, o que se aplica é o costume, como direito – provém de método indutivo, isto é, tirar do fato a lei; apenas, em vez de tirar do fato como o apresenta a investigação científica, quer dizer a rigorosa observação, já se apanha a ‘deformação adaptativa’ dos fatos, que outra coisa não é, como resultado do conjunto das circunstâncias sociais, o costume” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do direito*. v. 4. Campinas: Bookseller, 2005, p. 59).

³³⁴ É o que se extrai do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

definitivo de outro círculo, e é de mister a lei para a criação consciente de forças, será vencido o costume, o pastor conseguirá dominar as ovelhas. O utilitarismo da mecânica social não difere muito do utilitarismo das vísceras, nem de todo o invisível pragmatismo da natureza.³³⁵

É nessa perspectiva que Miguel Reale desenha o modelo consuetudinários como uma estrutura normativa proveniente diretamente da sociedade civil e que é dotada de um sentido autônomo de juridicidade³³⁶. Tais modelos são criados sobretudo no campo das relações econômicas, aparecendo sobre múltiplas configurações nos negócios jurídicos, já que são estes os instrumentos próprios deixados para a autorregulação de interesses na esfera privada.

À guisa de exemplo, pode-se expor dois modelos consuetudinários que acabaram por alterar a estrutura de negócios jurídicos desenhados pelo direito positivo. O primeiro refere-se à fiança, negócio jurídico que por seu desenho legal torna o fiador subsidiariamente responsável por uma obrigação assumida por outro³³⁷. No entanto, nos contratos de locação, a prática comercial fez com que 10 de cada 10 contratos trouxessem, além da fiança, a renúncia do fiador ao seu benefício de ordem, tornando-o solidariamente responsável pelas obrigações do locatário. Daí se extrai a existência de um modelo jurídico consuetudinário que desenha a fiança não como uma responsabilidade subsidiária, mas solidária.

Outro exemplo diz com os financiamento à pessoas jurídicas. A personalidade jurídica atribui autonomia, tanto jurídica quando patrimonial, a certa entidade constituída para a realização de um determinado fim, de modo que tal entidade não se confunda com as pessoas que a compõe. Mas ainda que a separação dos patrimônios seja característica fundante de tal categoria jurídica, a prática comercial também logrou desenvolver um modelo consuetudinário que a relativize. É o que ocorre nos contratos de financiamento bancário para pessoas jurídicas.

³³⁵ PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do direito*. v. 4. Campinas: Bookseller, 2005, p. 221-222. No mesmo sentido, consigna Miguel Reale: “não é necessário salientar que, às vezes, esses modelos consuetudinários acabam prevalecendo sobre os modelos legais, os quais entram em eclipse, suscitando o delicado problema da derrogação das leis pelo desuso” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69).

³³⁶ Tal modelo decorre, segundo o autor, “da rica produção de regras de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social dotadas de senso ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo as lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68).

³³⁷ Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

A partir do momento em que todas as instituições financeiras de grande porte passaram a exigir, nesta espécie contratual, garantia pessoal dada pelas pessoas físicas que integram a sociedade, normalmente por meio de aval, o que se verifica é que, na prática cotidiana, há uma desconsideração negocial da personalidade jurídica na seara dos contratos de financiamento em benefício de tais entidades³³⁸. Novamente, é um modelo consuetudinário construído pelo próprio mercado e que acaba por modificar a estrutura desenhada pelo direito posto. Nestas hipóteses, ainda que a fonte imediata seja uma previsão contratual, tamanha a generalidade de sua aplicação que extravasa a esfera jurídica das partes e torna-se verdadeira prática, adotada na ampla esfera do mercado.

Especificamente quanto ao silêncio, os costumes desempenham papel relevante ao conferir-lhe a necessária concludência. É o caso da juridicização do silêncio enquanto negócio jurídico unilateral de aceitação pelo artigo 111 do Código Civil, quando refere-se às hipóteses em que “os usos o autorizarem”, também constante no art. 432 do mesmo diploma, que admite a aceitação não receptícia nas hipóteses “em que não seja costume a aceitação expressa”. Assevera Paulo da Mota Pinto que “a atendibilidade de práticas habituais pelas quais a omissão assuma valor declarativo é (...) a posição largamente dominante, quer entre nós, quer noutras ordens jurídicas”³³⁹.

Neste viés, os costumes, ou *usos* gerais, podem constituir tanto uma fonte de obrigação, que exige daquele que recebe uma oferta o dever de responder de forma expressa, sob pena de ter seu silêncio considerado em determinado sentido, como um critério hermenêutico que permite a atribuição de sentido ao silêncio em um caso concreto a partir da significação que lhe é atribuída de maneira costumeira em casos análogos.

No Direito brasileiro, os *usos* se ligam sobretudo ao tipo ou a natureza do contrato. Exemplo de modelo consuetudinário que adota o silêncio como aceitação é o dos contratos de seguro. A prática negocial dos seguros estabeleceu que estes contratos são oferecidos aos consumidores sobretudo por consultores que se dirigem até os potenciais clientes, oferecendo a contratação. Assim, quando uma pessoa demonstra interesse em firmar o negócio jurídico, assina o contrato de seguro e remete-o a seguradora, que posteriormente lhe encaminhará a apólice do seguro contratado. Nesta espécie contratual, portanto, não é costume que a seguradora emita seu aceite ao

³³⁸ Os exemplos citados foram extraídos das aulas de Rodrigo Xavier Leonardo no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná durante o primeiro semestre de 2015.

³³⁹ MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 658.

contrato, bastando seu silêncio (ou seja, ausência de negativa em contratar) para que se considere formado o contrato de seguro, ainda que a apólice não seja encaminhada ao segurado.

Tal prática pode ser aferida a partir de decisões judiciais que a citam. Ainda que aqui se recorra a precedentes judiciais para aferir tal costume, impende salientar que não se trata de fonte jurisdicional de direito, mas sim costumeira. Os precedentes são aqui invocados apenas por tornarem visíveis, em sua *ratio decidendi*, um costume vigentes na sociedade. Vejam-se os seguintes excertos:

2. O seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente de emissão da apólice - ato unilateral da seguradora - de sorte que a existência da avença não pode ficar à mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de ter-se uma conduta puramente potestativa, o que é, às expressas, vedado pelo art. 122 do Código Civil. 2. O art. 758 do Código Civil não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva tal documento ao degrau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença.

3. É fato notório que o contrato de seguro é celebrado, na prática, entre a corretora e o segurado, de modo que a seguradora não manifesta expressamente sua aceitação quanto à proposta, apenas a recusa ou emite, diretamente, a apólice do seguro, enviando-a ao contratante, juntamente com as chamadas condições gerais do seguro.³⁴⁰

Também os tribunais estaduais reconhecem tal costume na espacialidade dos contratos de seguro:

Com efeito, havendo essa prática no mercado de seguro, a qual, inclusive, recebeu disciplina normativa pelo órgão regulador do setor, há de ser aplicado o art. 432 do Código Civil, segundo o qual “se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. Na mesma linha, o art. 111 do Estatuto Civil preceitua que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.³⁴¹

Encontram-se também precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁴² que tomam os *usos* do contrato de seguro em idêntico sentido, evidenciando tratar-se de uma prática de abrangência nacional.

³⁴⁰ STJ – Quarta Turma. Resp. nº 1.306.367/SP. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. DJ 20/03/2014.

³⁴¹ TJPR – 18ª Câmara Cível. ED nº 1182445-4/01. Rel. Des. Coimbra de Moura. DJ 23/06/2015.

³⁴² TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1017924-13.2014.8.26.0100. Rel. José Aparício Coelho Prado Neto. J. 10/03/2015; TJSP. Turma recursal. Recurso Inominado nº 3706-35.2014.8.16.0048. Rel. Rafael Luís Brasileiro Kanayama. J. 08/10/2015.

Essas decisões evidenciam a existência de um modelo jurídico consuetudinário que adota o silêncio da seguradora como manifestação de vontade em sentido de aceitação na formação do contrato de seguro. Mas os *usos* podem ser também invocados para criação de modelos jurídicos consuetudinários que acolham o silêncio em sentido de recusa. Exemplo disso pode ser extraído da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, invocada, novamente, apenas para evidenciar um costume:

EMENTA - COBRANÇA - Contrato de patrocínio - Alegação de aceitação verbal - Inadmissibilidade - Ausência de prova acerca da anuência da apelada em ser patrocinadora do time de basquetebol local no Campeonato Nacional de 2.004 - **Silêncio que não pode ser tomado como aceitação, onde os usos e costumes não autorizam essa presunção, já que, via de regra, contratos de patrocínio entre pessoas jurídicas, usualmente são formalizados por escrito**, haja vista a complexidade da matéria envolvida, que deve estabelecer de forma pormenorizada os meios de divulgação da marca, o número de eventos, o retorno envolvido e tudo o mais que norteia esse tipo de negociação - Improcedência corretamente decretada - Sentença mantida - Recurso desprovido (grifamos).³⁴³

Verifica-se a partir da decisão colacionada que, havendo um costume de contratação pela forma escrita, não se admite a formação do negócio pelo silêncio. Essa perspectiva complementa a parte final do art. 111 do Código Civil, demonstrando que o Direito Civil brasileiro não aceita a formação de negócios jurídicos pelo silêncio quando “for necessária a declaração de vontade expressa”, seja essa necessidade de origem legal ou costumeira.

Tais exemplos não esgotam os modelos consuetudinários que recolhem o silêncio como ato jurídico. Pelo contrário, vinculando-se tais modelos sobretudo às espécies contratuais, que não se restringem a uma tipicidade restritiva, há ampla possibilidade de verificação e construção de outros modelos consuetudinários, sempre que haja uma certa uniformidade de comportamentos ou uma prática consolidada que confira um sentido determinado ao silêncio.

3.3. O MODELO JURÍDICO JURISDICIONAL DO SILÊNCIO

A terceira espécie de modelo jurídico desenhada por Miguel Reale é o modelo jurisdicional, que tal como os demais modelos jurídicos se constitui por um conjunto de

³⁴³ TJSP - 8ª Câmara de Direito Privado. AC nº 532.971-4/0-00. Rel. Des. Salles Rossi. J. 16/09/2009.

fontes (na espécie, decisões) entre si articuladas que atribuem um sentido uniforme a um determinado objeto.

A relevância dos modelos jurisdicionais é indiscutível, mesmo em sistemas de direito romano germânico em que as decisões não são dotadas da mesma força normativa geral e abstrata que os sistemas anglo-saxões lhe atribuem. Reconhecidamente, é na aplicação do direito que este se cria³⁴⁴. Ainda que a lei anteriormente estabeleça as regras jurídicas, é a jurisdição que explicita as normas nelas contida ao aplicá-las aos casos concretos. Eis aí a primeira face dos modelos jurídicos jurisprudenciais: a de realização das regras jurídicas em sua conformação e aplicação ao caso concreto.

Para além dessa faceta, há de se reconhecer, como exposto no segundo capítulo, que o juiz da contemporaneidade não pode limitar-se a aplicar a lei aos casos concretos para decidir as lides que lhe são endereçadas. Dele se exige que leve em conta as singularidades próprias de cada caso, e quando a aplicação pura da lei ao caso não se mostrar justa em um sentido tópico-sistêmico, que faça prevalecer as peculiaridades em relação a abstração da lei³⁴⁵.

Nesse vértice que aflora a função jurisdicional na solução dos casos em que há um silêncio legislativo quanto a matéria ou que lei se apresente de forma insuficiente a atender as vicissitudes apresentadas pela sociedade. Face a tais hipóteses, caberá ao magistrado conferir ao direito positivo interpretação que o adeque a contraprova da realidade e aos valores constitucionais, e nos casos de omissão legislativa, suprir as lacunas a partir de outras fontes do direito³⁴⁶, função esta muitas vezes pejorativamente chamada de ativismo judicial³⁴⁷.

³⁴⁴ PINTO MONTEIRO, Antonio. *A interpretação e o protagonismo da doutrina no sistema romano germânico*. In: Congresso Brasileiro de Direito Civil, III, Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Recife, 2015.

³⁴⁵ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante Vidal. In Cuardenos de Filosofia del Derecho (publicaciones periódicas), nº 14, 1993, España: Universidad de Alicante, p. 176. Acesso em 05.11.2014.

³⁴⁶ “O que se quer realçar aqui é o dado da experiência, que, se não deve ter importância quase absoluta, como no direito da *common law*, não deve ser subestimado, como sugeriria a ortodoxa aplicação dos princípios inerentes ao sistema da família romano-germânica. A jurisprudência tem, em verdade, mesmo nestes últimos ordenamentos jurídicos, grande importância, isto porque, além de aplicar a lei, retrata permanente esforço no sentido da evolução dos textos legais, pondo-os em dia com as transformações sociais, e além disso, deve-se reconhecer uma certa função criadora na interpretação da lei” (MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 27-28).

³⁴⁷ “O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso” (BARROSO, Luis

Aí a segunda faceta do modelo jurídico jurisdicional, agora fruto do exercício da jurisdição enquanto poder de editar regras de direito para hipóteses não previstas ou insatisfatoriamente previstas pela lei.

Há, assim, duas espécies de modelos jurídicos jurisdicionais: os que Miguel Reale chamou de “subordinados”, que se revelam na aplicações *in concreto* daquilo que está previsto *in abstracto* pelo modelo legal, e outra que o autor chamou de “autônomos”, ou modelos jurisdicionais “por excelência”, que se originam a partir do exercício de jurisdição em casos de lacuna, insuficiência ou obscuridade da lei³⁴⁸.

A pesquisa jurisprudencial levada a efeito para o presente texto constatou que, especificamente quanto ao tratamento do silêncio no campo dos negócios jurídicos, os tribunais brasileiros³⁴⁹ apenas desenvolveram modelos jurisdicionais em sua primeira acepção, a de modelos subordinados que se limitam a aplicar, em concreto, o modelo jurídico legal, e de forma bastante acanhada.

A acepção do silêncio mais utilizada pelos tribunais é a que o apreende como elemento do suporte fático do dolo invalidante³⁵⁰. Considerando que o objetivo do presente subtítulo é justamente verificar como os tribunais apreendem o silêncio no campo dos negócios jurídicos, pede-se vênua para transcrever os excertos das decisões que tratam sobre o tema. À guisa de exemplo, extraem-se os seguintes excertos:

Consoante disposição contida no art. 147 do Código Civil, nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de falta ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não seria celebrado. Assim, verificando-se que o réu alienou veículo com irregularidade na numeração do motor, omitindo tal informação de forma dolosa a fim de efetivar o negócio e, constatando-se por meio do caderno processual e das provas contidas nos autos que o autor não efetivaria o pacto acaso sabedor de tal irregularidade,

Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade do Rio de Janeiro – UERJ. 2012, v. 5, nº 1, p. 31).

³⁴⁸ REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.

³⁴⁹ A pesquisa foi realizada a partir de consulta nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Alagoas, Pernambuco, Pará, Rondônia e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, utilizando como termo de pesquisa os verbetes “silêncio” e “negócio jurídico”.

³⁵⁰ Dentre as decisões que o fazem, destacam-se: TJSC, Apelação Cível n. 2008.017526-0, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 25/11/2010; TJSC, Apelação Cível n. 2005.011605-4, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 16/11/2009; TJMG, Apelação Cível nº 1.0166.08.020380-4/001, Rel. Des. Cabral da Silva, j. 04/11/2014; TJMG, Apelação Cível nº 1.0332.11.000785-0/001, Rel. Des. Otávio Portes, j. 20/05/2015; TJDF, Apelação Cível nº 20110810071722, Rel. Gilberto Pereira de Oliveira, j. 04/02/2015; TJDF, Apelação Cível nº 20100210045014, Rel. João Egmont, j. 02/04/2014; TJAL, Apelação Cível nº 2012.001936-7, Rel. Fábio José Bittencourt Araújo, j. 27/09/2012; TJRO, Apelação Cível nº 109420-86.2007.8.22.0007, Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, j. 20/10/2010; TJSP, Apelação Cível nº 0176966- 91.2009.8.26.0100, Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 10/12/2013.

afigura-se evidente a ocorrência do dolo, e, por conseguinte, a nulidade do negócio jurídico ora questionado.³⁵¹

Apelação cível. Ação de anulação de negócio jurídico. Contrato de permuta de imóveis. Omissão dolosa. Silêncio intencional acerca de fato relevante. Impossibilidade de celebração do negócio. Invalidade. Retorno ao *status quo* anterior. Sentença mantida. Negado provimento à apelação. Unânime.³⁵²

Para aferir se o silêncio configura ou não manifestação de vontade, as decisões valem-se dos critérios do art. 111 do Código Civil, notadamente as circunstâncias, dentre as quais a execução de atos próprios do negócios, os usos e costumes próprios da espécie negocial, ou se houve prévio negócio entre as partes no qual restou estabelecido qual o sentido que seria por elas atribuído ao silêncio. As hipóteses fáticas, no entanto, são as mais variadas:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROPOSTA CONTRATUAL CUJA ACEITAÇÃO RESTOU COMPROVADA A ENSEJAR A CONTRATAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONDENADO OS RÉUS AO PAGAMENTO DE R\$ 45.481,44. RECURSO DO RÉU.

(...) No mérito, a fundamentação no sentido de que a proposta formulada nunca foi aceita pela parte ré não merece acolhimento, pois, **da análise das circunstâncias, percebe-se que o silêncio implicou em anuência, haja vista que o objeto para o qual foram contratados os demandantes foi executado**, o que implica em reconhecer em aceitação da proposta, não havendo prova nos autos qualquer ajuste em sentido diverso. Inexiste qualquer conduta que justifique a condenação da parte ré em litigância de má-fé, pois a simples defesa de seus interesses não justifica a sua punição. Recurso a que se nega provimento.³⁵³

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO - CONTRATO DE CRÉDITO FIXO QUE NÃO RESTOU ASSINADO PELA TITULAR DA CONTA CORRENTE - VALOR CREDITADO QUE SERVIU PARA AMORTIZAR SALDO NEGATIVO DA CONTA - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CONTRATANTE - SILÊNCIO QUE NÃO PODE SER TIDO COMO ACEITAÇÃO AO PACTO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. - O contrato de crédito fixo, é daqueles que, ordinariamente, as pessoa firmam sua assinatura, a fim de comprovar sua aceitação ao valor contratado, a forma de pagamento e aos encargos incidentes. **O silêncio somente pode ser tido como manifestação da vontade da parte contratante, quando: a lei assim dispor, as partes convencionarem, ou o costume contratual das partes assim estabelecer.** Inocorrente estas circunstâncias não há como conferir-se

³⁵¹ TJSC. Apelação Cível n. 2014.004966-5. Rel. Des. Raulino Jacó Brüning. J. 18/06/2015.

³⁵² TJRS - Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70048565964. Rel. Nara Leonor Castro Garcia. J. 21/06/2012.

³⁵³ TJRJ - Décima Sexta Câmara Cível. AC nº 0073638-15.2010.8.19.0001. Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra De Melo. DJ 09/04/2014.

validade contratual ao silêncio de um dos contratantes.³⁵⁴

RECURSO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. 1. A empresa autora adquiriu produtos da empresa demandada, os quais foram entregues em desconformidade ao pedido realizado. No ato da entrega, a autora realizou a conferência dos itens e verificou a divergência destes com a compra realizada. Sendo assim, sequer chegou a receber a mercadoria, devolvendo-a para a ré, discriminando pontualmente as inconformidades. **No primeiro dia útil seguinte, contatou a requerida, noticiando o fato e questionando sobre novo envio de materiais, sendo que o silêncio implicaria o cancelamento do negócio.** Inobstante sua inércia, a requerida emitiu boletos de cobrança, posteriormente levados a protesto. 2. Dano moral configurado. Diante da devolução das mercadorias e da notificação da demandada sobre o ocorrido, a transação foi cancelada. Assim, desprovida de substrato fático a cobrança realizada pela ré e, por conseguinte, indevido o protesto dos títulos.³⁵⁵

As relações familiares entre os irmãos, donatários e condôminos, a situação pessoal de cada um deles, o irmão explorando economicamente a coisa comum, a irmã residindo no exterior, as características apreciáveis da coisa comum, consistente em extensa área de campo para arroz e pecuária com acessões e benfeitorias, o a evidência do conflito entre os irmãos, a irmã exigindo indenização pelo uso da coisa comum e o irmão opondo-se à indenização, contrariam a existência de comodato tácito.

O silêncio da irmã, como anuência do comodato tácito, não tem respaldo nas circunstâncias e nos costumes, ao contrário, as circunstâncias e costumes presumem a remuneração de área tão apreciável.³⁵⁶

DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. **DEVOLUÇÃO UNILATERAL DAS MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE PROVA DA ANUÊNCIA PRÉVIA DO CREDOR.** PROTESTOS DOS CHEQUES EMITIDOS PELO APELANTE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (...) Por fim, o simples silêncio da apelada não deve ser interpretado como aquiescência do procedimento adotado pelo recorrente e das suas consequências. Não se pode, contudo, admitir que o recorrido permaneça com as mercadorias e que a obrigação de pagar do apelante, ao mesmo tempo, subsista, motivo pelo qual procedeu corretamente o magistrado ao determinar a devolução dos produtos ao apelante.³⁵⁷

A expropriação deve obedecer à forma legal, em atenção ao princípio do devido processo legal. A dação em pagamento consiste em negócio jurídico que extingue a obrigação, devendo observar os requisitos do art. 82 do Código Civil. Não se pode reputar aperfeiçoada a dação em pagamento, em face do silêncio do devedor ante a proposta do credor.³⁵⁸

³⁵⁴ TJSC - Segunda Câmara de Direito Comercial. AC nº 226650 SC 2001.022665-0. Rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ. 06/11/2003.

³⁵⁵ TJRS. Recurso Cível nº 71005515564, Rel. Roberto Behrendorf Gomes da Silva, j. 08/07/2015.

³⁵⁶ TJRS. Apelação Cível nº 70047806849, Rel. Carlos Cini Marchionatti, j. 13/06/2012.

³⁵⁷ TJAL. Apelação Cível nº 10113-43.2004.8.02.0001, Rel. Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo, DJ de 04/12/2013.

³⁵⁸ TASP. Agravo de Instrumento nº 937536000, rel. Paulo Eduardo Razuk, j. 16/05/2000.

Relevantes também as decisões que aplicam o modelo legal do silêncio também para as transações endoprocessuais, evidenciando que também neste aspecto a jurisprudência não construiu um modelo autônomo, preferindo a aplicação do modelo subordinado:

Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Proposta de acordo pelo exequente. Magistrada a quo que confere prazo para que o executado se manifeste sobre a proposta, **consignando que o silêncio do devedor a respeito acarretaria a homologação do acordo**. Executado que se mantém silente. Consequente homologação do acordo e extinção do feito (art. 269, III, do Código de Processo Civil). Homologação e extinção indevidas. Transação não configurada. **Negócio jurídico (artigo 840 e seguintes do código civil) que, como tal, depende da convergência de vontades. Ausente qualquer manifestação de vontade, inexistente, por conseguinte, o negócio jurídico**. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.³⁵⁹

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Decisão homologatória de acordo. Decurso de prazo determinado pelo juízo para a autora se manifestar acerca da proposta de transação apresentada pelo réu. Interpretação do silêncio como anuência. Impossibilidade. **Ausência de indícios de que a autora concordou com as condições da proposta. Art. 111 do CC**. Contrato entre ausentes. Teoria da expedição. Ausência de manifestação de vontade da autora. Art. 434 do CC. Sentença anulada. Recurso provido.³⁶⁰

Demais disso, da exigência de concordância, conclui-se que a anuência das partes deve ser expressa nos autos, não se podendo presumir aceitação em decorrência do silêncio quando a lei aponta no sentido de necessidade de declaração de vontade expressa (art. 111, Código Civil).³⁶¹

Lembre-se, ademais, que o silêncio da parte faz presumir não só a ratificação tácita das razões do recurso mas, principalmente, o desejo de que seja julgado. Essa é, aliás, a previsão do artigo 111 do Código Civil: "O silêncio importa em anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Em resumo: não havendo determinação legal de reiteração das razões do recurso e, muito menos, sanção imposta para a sua omissão, impossível exigir da parte essa obrigação, especialmente quando o julgamento dos embargos declaratórios em nada alterou o conteúdo da sentença.³⁶²

Pelas citadas decisões é possível concluir que, ao contrário do que ocorreu na seara do Direito de Família, em que a jurisprudência criou diversos modelos jurídicos, como o da paternidade socioafetiva, das uniões homoafetivas, dos alimentos compensatórios, dentre outros, na espacialidade do negócio jurídico não foi desenvolvido um modelo jurídico que apreendesse o silêncio como manifestação de

³⁵⁹ TJPR. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1028953-5, rel. Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira, j. 12/02/2014.

³⁶⁰ TJSP. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 0174843-57.2008.8.26.0100, rel. Hamid Bdine, j. 17/09/2014.

³⁶¹ TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0024.01.039308-0/001, rel. Des. Brandão Teixeira, j. 19/10/2010.

³⁶² TJPR. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 561807-1, rel. Des. Edgard Fernando Barbosa, DJ de 02/07/2009.

vontade a partir de outros critérios que não aqueles estabelecidos pelo modelo legal ou consuetudinário, tampouco que lhe conferisse outros sentidos. Pelo contrário, as decisões judiciais brasileiras que se debruçam sobre o silêncio limitam-se a uma função subordinada de concreção, no caso concreto, de modelos legais, consuetudinários ou negociais.

3.4. O MODELO JURÍDICO NEGOCIAL DO SILÊNCIO

Também os negócios jurídicos, enquanto fonte de direito, permitem a formação de modelos jurídicos, cuja relevância se destaca por consistirem no instrumento de composição e solução de interesses próprio do espaço de regulação privada. Em tempos de pluralismo jurídico, tais modelos representam “a exteriorização ou a atualização da *liberdade* como valor supremo do indivíduo, tanto como cidadão quanto como produtor”.³⁶³

O negócio jurídico, enquanto fonte de direito, é instrumento suficiente à juridicização do silêncio enquanto manifestação de vontade sempre que as partes, em um negócio jurídico, estabeleçam que em negócio posteriores ou na fase de desenvolvimento daquela relação, o silêncio de qualquer delas será tomado em determinado sentido, seja ele positivo, representando anuência, ou negativo, representando, rejeição.

Ao estabelecer cláusulas dispondo sobre a natureza e sentido com que o silêncio será interpretado entre as partes, o negócio jurídico representa a fonte da obrigação consensual dos contratantes pela qual, querendo qualquer deles manifestar vontade de modo diverso daquele pré-estabelecido pelo contrato, deverão fazê-lo de modo expresse, sob pena de responder pela obrigação formada ou recusada por seu silêncio.

Ilustra tal hipótese o “caso do arrendamento mercantil” julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁶⁴. Tratava-se de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) de um automóvel, no qual o arrendatário quitou todas as parcelas referentes ao

³⁶³ REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74.

³⁶⁴ TJSP – 32ª Câmara de Direito Privado. AC nº 723714-0/9. Rel. Salles Rossi. J. 18/05/2006. O caso também é citado por Giovana Benetti em capítulo intitulado “A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG) e no Código Civil brasileiro”. In: SCHWENZER, Ingeborg (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 276-277.

arrendamento, e ao final do prazo contratual, permaneceu silente quanto sua prorrogação ou renovação.

Ordinariamente, diante do encerramento do prazo do contrato, o silêncio do arrendatário teria como efeito de constituí-lo em mora na obrigação de devolver o veículo arrendado. Na espécie, porém, o contrato de arrendamento mercantil continha uma cláusula estabelecendo que, esgotado o prazo contratual, o silêncio do arrendatário quanto a prorrogação ou renovação do negócio importaria em aceitação da opção de compra do bem objeto do negócio.

Diante de tal cláusula, o arrendatário ajuizou ação de obrigação de fazer em face da empresa arrendadora para que esta fosse compelida a providenciar a documentação necessária para a transferência do bem para o seu nome, pedido que foi julgado procedente em primeiro grau. A empresa arrendadora recorreu, sustentando que “embora o apelado tenha quitado o contrato, este não exerceu a opção de compra, não tendo sequer procurado a apelante, e que em momento algum se recusou a lhe entregar o Documento Único de Transferência”. Negava a recorrente, portanto, a formação do negócio jurídico de compra pelo silêncio do arrendatário.

O Tribunal de Justiça de Paulo, com base na cláusula contratual que tomava o silêncio como aceitação da opção de compra, entendeu formado o negócio de compra e venda e, portanto, que a empresa recorrente deveria providenciar os documentos necessários para a formalização da operação. Eis, aí, um caso em que a natureza e o sentido do silêncio derivam da própria autonomia privada das partes, materializada em negócio jurídico.

Cumpre lembrar, no entanto, que o modelo jurídico não se confunde com a sua fonte. O modelo a incorpora, mas nela não se esgota, de modo que o modelo jurídico negocial não se limita ao negócio jurídico em si, mas concentra também os elementos externos que participaram de sua formação e de seu desenvolvimento, de modo que seu objeto não é propriamente o negócio jurídico em sua dimensão estática, restrita ao contrato, mas sim em sua dimensão dinâmica³⁶⁵, como um processo mais amplo capaz de elucidar ou mesmo revelar o acordo de vontades para cuja realização foi formado³⁶⁶.

³⁶⁵ “Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma *estrutura dinâmica* e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensível a experiência jurídica sem se levar em conta, como vimos, sua natureza dialética” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 110).

³⁶⁶ “Sendo os modelos jurídicos negociais resultantes de um processo, que tem como fulcro o acordo de vontades, é da maior importância, quando de sua interpretação e aplicação, atentar-se para os entendimentos preliminares, ao que os juristas italianos denominam *trattative*, o que já deu livre curso à

Nesta senda, o modelo jurídico negocial não depende necessariamente de uma previsão contratual expressa para que possa definir a natureza e o sentido do silêncio. Também as disposições entabuladas durante as tratativas do negócio ou o comportamento das partes adotado em tal período podem servir como elementos hermenêuticos para se estabelecer o sentido do silêncio durante a fase de desenvolvimento do contrato ao qual deram existência.

É essa a perspectiva que leva Emilio Betti a afirmar que a interpretação do negócio jurídico deve enquadrar não só os termos em que foi redigido, mas também a *fatispecie* do negócio, o comportamento das partes e o conjunto das circunstâncias que o circunscrevem, alargando assim o objeto da interpretação para nele incluir as negociações que levaram à celebração do contrato, os acordos precedentes e o comportamento mantido depois da celebração do contrato. O valor desse modelo interpretativo é o de aferir o verdadeiro escopo daquele negócio, e não apenas aquele se pode extrair de seu texto.³⁶⁷

Esse objeto “ampliado” da interpretação é justamente o modelo jurídico negocial. É possível cogitar de hipóteses práticas em que a fonte negocial, por si só, não atribuiria valor jurídico ao silêncio, ao passo que o mesmo negócio, considerado na perspectiva de um modelo jurídico negocial, atribuirá ao mesmo fato silente não só valor jurídico como também um sentido determinado.

Pense-se na hipótese de um posto de gasolina e de uma distribuidora de combustíveis que, durante a fase de tratativas, estabeleceram que até a celebração do respectivo contrato para fornecimento de combustíveis, acaso não houvesse manifestação do comprador em sentido contrário, a distribuidora entregaria uma determinada quantidade de combustíveis todas as semanas. Tal regramento teve vigência durante todo o período das tratativas, mas não constou do contrato firmado entre as partes, que restou silente nesse ponto.

Decorrido alguns meses, a distribuidora continua a entregar semanalmente aquela quantidade ao posto, que ao final de cada mês efetuava o pagamento da quantidade total entregue. Porém, devido ao baixo consumo em um determinado mês, o posto recusa-se a receber a entrega semanal, fazendo com que a distribuidora tenha

palavra tratativa, a qual abrange toda e qualquer forma prévia negociação reveladora do efetivo propósito dos contratantes. Constituem elas elementos hermenêuticos da maior relevância” (REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75).

³⁶⁷ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008, p. 500.

gasto desnecessariamente o valor do transporte do combustível até o posto. Nessa hipótese, seria possível imputar ao comprador o dever de ressarcir a distribuidora pelo valor despendido com o transporte pois, embora não tenha solicitado o produto entregue e o contrato não estabeleça a periodicidade da entrega, aquela é era a prática negocial comum entre as partes.

O modelo jurídico negocial também permite a interpretação a partir de cláusulas implícitas nos contratos³⁶⁸. David Campbell e Hugh Collins³⁶⁹ demonstram que em certos casos é até mesmo conveniente, por convenção social, que os contratos permaneçam *silentes* em relação a certos conteúdo. Os autores ilustram tal afirmação com um antigo precedente inglês, *Shadwell vs. Shadwell*, julgado pela *Court of Commons*³⁷⁰.

Tratava-se de caso fático em que um tio, sr. Shadwell, remeteu a seu sobrinho, com o mesmo sobrenome, uma curta carta dizendo estar muito feliz com o noivado do sobrinho com a sra. Ellen Nicholl, prometendo auxiliá-lo no início de sua vida adulta com a quantia anual de 150 libras, até o fim de sua vida ou até que ele tivesse renda suficiente pelo exercício da advocacia. Após a morte do tio, o sobrinho ajuizou uma ação contra seu espólio visando cobrar um período não pago pelo tio. O espólio contestou dizendo que nada pagaria, eis que a promessa do tio fora uma obrigação gratuita e portanto, não vinculativa³⁷¹.

A Corte, entretanto, entendeu que havia sim contraprestação apta a tornar o negócio vinculativo, notadamente uma exigência implícita imposta pelo sr. Shadwell de que o sobrinho de fato contraísse casamento e se tornasse advogado, exigência esta que “poderia ter permanecido silente, porque a convenção social (por trás da promessa) era

³⁶⁸ As cláusulas implícitas serão abordadas mais detidamente, ainda neste capítulo, quando da exposição da proposta de um modelo hermenêutico para o silêncio no negócio jurídico.

³⁶⁹ CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Descobrindo as dimensões implícitas dos contratos. In: José Rodrigo Rodrigues e Bruno Salama (org.). *Para que serve o direito contratual?: direito, sociedade e economia*. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 65-99.

³⁷⁰ Disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/ewhc/cp/1860/j88.html>, acesso em 12/01/2016.

³⁷¹ No direito contratual inglês, as obrigações gratuitas só são vinculantes quando realizadas através de escritura firmada também por testemunhas. Isso porque falta-lhes contraprestação (*consideration*), elemento essencial dos contratos, sem o qual qualquer promessa não passa de um comprometimento moral, sem valor jurídico e vinculativo (ANDREWS, Neil. *Direito contratual na Inglaterra*. Tradução de Tereza Arruda Alvin Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 93).

compreensível; e, de fato, a exigência talvez *devesse* permanecer em silêncio, com vistas a eliminar qualquer confirmação explícita do caráter comercial do casamento”³⁷².

É nesse sentido que o modelo jurídico negocial consegue superar os obstáculos colocados pela formalidade da teoria clássica dos contratos, reconhecendo o valor jurídico do silêncio a partir de uma interpretação que toma como objeto não só o negócio isoladamente considerado, mas em conjunto com diversos elementos que lhe são próximos.

Para além das hipóteses que versam sobre um negócio jurídico em específico, o modelo jurídico negocial também apreende os negócios anteriores realizados pelas partes como elemento de interpretação ou conformação de um negócio atual. Assim, se as partes tinham por hábito formar contratos independentemente de aceitação expressa, e tais contratos ao longo do tempo foram regularmente cumpridos, o modelo apreende tais antecedentes como uma *prática* entre aqueles contratantes, de modo que, nos negócios que se seguirem, o silêncio também deverá ser tomado como aceitação, seja em razão da proibição do comportamento contraditório, seja pela proteção da legítima confiança criada pela outra parte ao longo das relações anteriores.

Essa é, a propósito, outra acepção que se pode dar ao vocábulo *usos* constante do art. 111 do Código Civil, para além daquela que o toma como costumes ou práticas sociais, já apreciado quando da exposição dos modelos jurídicos legal e consuetudinário. Os usos, como prática comum entre as partes, constituem objeto do modelo jurídico negocial mas encontram validade também no citado dispositivo legal, evidenciando, mais uma vez, a inter-relação entre os modelos jurídicos.

3.5. PROPOSTA DE UM MODELO HERMENÊUTICO

Os modelos jurídicos supra construídos por certo terão aptidão para regular a maior parte e os mais frequentes casos da realidade fática envolvendo o silêncio na espacialidade do negócio jurídico. Seja a partir da fonte legal, consuetudinária, jurisprudencial ou negocial, ou mesmo de todas, visto que os modelos se reforçam conquanto instrumentos submetidos a um mesmo vértice axiológico constitucional, o interprete encontrará nos modelos jurídicos do silêncio ferramenta apta a solver, ou ao

³⁷² CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Descobrindo as dimensões implícitas dos contratos. In: José Rodrigo Rodrigues e Bruno Salama (org.). *Para que serve o direito contratual?: direito, sociedade e economia*. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 71-72.

menos a nortear a direção de possíveis soluções para os casos mais frequentemente apresentados pela faticidade social.

Há muito superado o dogma da totalidade do sistema jurídico, é fácil reconhecer que a dinâmica social estará sempre um passo a frente do Direito, afinal, a complexidade da vida “pós-moderna” apresenta a cada dia algo que não havia sido pensado. É nesse diapasão que se torna imprescindível reconhecer que os modelos jurídicos não passam de ferramentas, de instrumentos que de modo algum constituem ou pretendem constituir uma *teoria geral* que albergue todas as situações em que o silêncio se faz visível nos negócios jurídicos.

Invariavelmente, surgirão hipóteses com contornos jurídico antes impensados e que, demandando solução pelo Direito, evidenciarão a existência de lacunas, de vazios normativos referentes àquela situação. Não fosse o pressuposto da unidade sistêmica do ordenamento jurídico, estas novas ou imprevistas situações, por mais relevantes que fossem, seriam relegadas a *inexistência* jurídica e teriam como resposta a impossibilidade de ação ante a impossibilidade jurídica do pedido³⁷³.

Ao contrário, o sistema jurídico brasileiro pressupõe que é sempre possível encontrar uma resposta às situações que clamam por justiça, ainda que a resposta seja negativa. Para tanto, determina que quando a lei for omissa o juiz decida o caso “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³⁷⁴.

São essas hipóteses que revelam, para além da interpretação e sistematização próprias da dogmática, o papel fundamental da doutrina, a quem incumbe, “no silêncio ou ausência de um modelo jurídico tipicamente adequado à *fattispecie*, construir um modelo hermenêutico”³⁷⁵.

Como lembra Pinto Monteiro, “a tarefa do intérprete não se esgota em explicar

³⁷³ Foi essa, a propósito, a solução dada por muito tempo pelos tribunais brasileiros quando se viram diante de pedidos de reconhecimento de uniões homoafetivas: “Ação declaratória de reconhecimento de união homoafetiva. Indeferimento da petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido. Legislação em vigor que não ampara tal pretensão. Art. 226, § 3º, CF, Lei 9.278/96 e Art. 1.723 do CC. Normas que expressamente estabelecem como um dos requisitos ao reconhecimento da união estável a diversidade de sexos. Sentença confirmada. Recurso desprovido. 1. O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.” (Ap. Cív. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira) (TJSC, Apelação Cível n. 2007.032992-5, da Capital, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 18-03-2008)”.

³⁷⁴ Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Art. 4º.

³⁷⁵ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118-119. Nesta linha, Judith Martins-Costa define o labor doutrinário como “um trabalho de construção intelectual cujo escopo é tanto prático quanto teórico”, cumprindo-lhe “explicitar, sistematizar, compreender e desenvolver o que está <posto> pelas normas de direito” (MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17).

quod implicitum est, antes lhe compete igualmente adaptar a norma jurídica ao ambiente social, económico e jurídico do tempo presente, no respeito pela sua *ratio* e pela unidade do direito”³⁷⁶ É tal função que justifica a construção de modelos hermenêuticos, que embora não encerrem em si uma fonte de direito, e portanto, não são juridicamente cogentes, prestam-se a colmatar lacunas e desenhar vetores hermenêuticos que auxiliem o interprete quando da construção de uma solução a uma hipótese que não se enquadre nas molduras dos modelos jurídicos.

Nessa perspectiva que se pretende esboçar, aqui, um modelo hermenêutico pela construção de vetores que apresentem respostas a algumas das questões que envolvem o silêncio enquanto fato jurídico atuante na espacialidade dos negócios jurídicos. De um lado, tais questões serão evidenciadas a partir da tópica³⁷⁷, e de outro, respondidas com o auxílio de uma análise sistêmica das respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico e outras que possam a ele se agregar, ainda que provenientes de espaços meta-jurídicos³⁷⁸.

Os tópicos que se pretendem analisar são extraídos sobretudo dos obstáculos enunciados pela doutrina da década de 1930 e por seus marcos teóricos, expostos no primeiro capítulo deste texto, e cuja releitura, sob as lentes do Direito Civil contemporâneo, talvez revele sentidos diferentes daqueles tradicionalmente concebidos.

À guisa de prenúncio, propõe-se a apreciar quatro tópicos: a natureza do silêncio nas relações humanas; se o silêncio é meio apto a exprimir vontade; se é possível aferir o conteúdo (ou o sentido) exprimido pelo silêncio no negócio jurídico; e

³⁷⁶ PINTO MONTEIRO, Antônio. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012) – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 293.

³⁷⁷ Tópica é aqui apreendida enquanto técnica de pensamento orientada para o problema, para se saber, aqui e agora, o que é justo (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico científicos*. Tradução da 5ª ed. Alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33).

³⁷⁸ Em que pese Viehweg expressamente afastar a possibilidade de conciliação entre o método de interpretação tópico e sistêmico (*Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico científicos*. Tradução da 5ª ed. Alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33-37), tal inviabilidade decorre da concepção com que o autor concebe o pensamento sistemático. Esclarece Judith Martins-costa: “aqui há de se ter atenção: Viehweg toma *pars pro toto*, ao limitar o gênero <pensamento sistemático> aos contornos de uma de suas espécies, qual seja o *pensamento axiologicamente orientado*. (...) Assim, a rejeição do pensamento sistemático opera, para Viehweg, num quadro fortemente delimitado pelo horizonte teórico de sua época, os meados do século XX. Portanto, para o autor de *Tópica y Jurisprudencia*, a rejeição do pensamento axiologicamente orientado, tem como pano de fundo a noção de sistema lógico-formal ou axiomático-dedutivo pleno, totalmente acabado, sem lacunas ou contradições. A verdadeira questão está, porém, em definir se a completude é um *prius* ou um *posterius*, isto é: se a sua completude provém da lei ou provém do fato de ser <completável> pelo jogo entre as fontes, que resulta dos modelos jurídicos considerados como estruturas normativas complexas. Se a resposta inclinar-se pela segunda solução, como aqui se defende, conjugam-se, assim, na prática do direito, sistema e tópica: esta apontará às possibilidades de solução do problema, que será resolvido conforme os quadros do segundo” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 182-183).

se as regras que tomam o silêncio como manifestação de vontade permitem aplicação analógica.

O primeiro “problema” a ser dirimido é identificar, afinal, o que é o silêncio. Para tanto, parte-se da concepção de que o ordenamento jurídico organiza-se na forma de um sistema aberto, que não só admite como depende da incorporação de elementos de outras áreas do conhecimento para sua necessária e perene reconstrução³⁷⁹. Tomar tal significante como mera ausência de som, como um vazio³⁸⁰ ou como espaço sem significado é um redutor de complexidade que em nada contribui à dogmática jurídica.

Várias são as acepções em que o silêncio pode ser compreendido. Para compreendê-lo, é antes necessário reconhecer seus múltiplos perfis e formas de atuação, recortando, ao final, como cada uma de suas significações pode contribuir para sua compreensão do campo jurídico.

O conteúdo léxico do termo demonstra que tal significante representa mais do que pura ausência, notadamente ao conferir ao silêncio significados como “1. estado de quem se abstém ou para de falar; 2. cessação de som ou ruído; 3. interrupção de correspondência ou de comunicação; 4. omissão de uma explicitação; 5. segredo, sigilo”³⁸¹.

Muitos campos do conhecimento reconhecem o silêncio como elemento do processo de comunicação. A partir de passagens bíblicas, o silêncio é reconhecido não como um estado da natureza, uma situação estática, mas ao contrário: “como o silêncio ocorre na ‘continuidade de um processo comunicativo’ deixa de ser ele uma ‘parada’ para caracterizar como uma atividade específica”³⁸². É essa natureza comunicativa que explica porque o fiel, para falar com Deus, busca o silêncio.

³⁷⁹ Superando, assim, a visão autopoietica que não admite, no campo jurídico, a inserção de elementos a ele estranhos. Essa é a posição, *e. g.*, de Paulo de Barros Carvalho: “O objetivo do presente texto é pôr em evidência, ainda que a breve trecho, a autonomia do direito em relação a outras matérias que lhe são próximas, firmando premissas no caráter sintaticamente homogêneo que o direito apresenta enquanto sistema empírico, formado por unidades atômicas – as normas jurídicas – expressas verbalmente por meio de proposições prescritivas. (...) Uma vez assumido o critério jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza não econômica ou contábil, entre outras matérias. Como já anotado, o direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas. Ele mesmo constrói sua realidade, seu objeto, suas categorias e unidades de significação” (CARVALHO, Paulo de Barros. *O absurdo da interpretação econômica do “fato gerador” – Direito e sua autonomia – O paradoxo da interdisciplinaridade*. Disponível em www.ibet.com.br, acesso em 29/01/2016).

³⁸⁰ É este o sentido que lhe dá Manuel Domingues de Andrade, para quem o silêncio é “um fato incolor, equívoco, como tal absolutamente insignificativo” (ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. II: acto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1972, p. 135).

³⁸¹ Cf. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

³⁸² BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira. *Direito ao silêncio no interrogatório*. In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009, p. 4061.

No campo da filosofia, Karl Jaspers aponta que o silêncio pode ser tomado sob dois relevantes perfis. O primeiro, enquanto interrupção de um processo comunicativo, o segundo como meio da própria comunicação: “o silêncio ativo, dos que vivem numa comunidade do calar, mas que são capazes de comunicação decisiva, criando uma linguagem de gestos, independente da linguagem verbal” evidencia que “ambas as linguagens estendem-se como um véu sobre a existência”³⁸³. Noutras palavras, reconhece o autor a existência de comunicação tanto pela forma verbal, como por meio de gestos ou do próprio silêncio. Novamente, silêncio denota comunicação.

A mesma natureza lhe é conferida pela semiótica³⁸⁴, que toma o silêncio como “um modo de comunicação humana, do lado da ‘fala’, existindo uma determinação de relacionamento entre conotação e denotação do discurso literário”³⁸⁵.

Esse perfil do silêncio em muito contribui para a sua compreensão enquanto fato jurídico, mormente na espacialidade dos atos jurídicos. Reconhecer que o silêncio, muito mais do que mera ausência de som³⁸⁶, é uma das formas pela qual se realiza o processo de comunicação constitui o pressuposto para se possa admitir o silêncio como manifestação de vontade. Não por outra razão também os juristas reconhecem o perfil comunicativo do silêncio, como bem ilustra a lição de Renan Lotufo, para quem “o silêncio, pois, é uma forma de comunicação expressiva da vontade”³⁸⁷.

Tal perfil também esclarece de que silêncio estamos tratando. Tomando os contornos de forma de comunicação, para se realizar enquanto tal o silêncio exige a interação entre menos duas pessoas. Valendo-se novamente da célebre expressão de Carlos Alberto da Mota Pinto de que “não há Direito na ilha onde apenas habitada

³⁸³ JASPERS, Karl. *Philosophie*, Berlin, 1948, *apud* BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira. *Direito ao silêncio no interrogatório*. In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009, p. 4063.

³⁸⁴ “Ciência dos modos de produção, de funcionamento e de .recepção dos diferentes sistemas de sinais de comunicação entre indivíduos ou coletividades” (Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/semi%20e%20comunicacao>, acesso em 28-01-2016).

³⁸⁵ MACEDO, Silvio. Das formas do silêncio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas Essenciais – obrigações e contratos*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1372.

³⁸⁶ “O nosso imaginário social destinou um lugar subalterno para o silêncio. Há uma ideologia da comunicação, do apagamento do silêncio, muito pronunciada nas sociedades contemporâneas. Isto se expressa pela urgência do dizer e pela multidão de linguagens a que estamos submetidos no cotidiano. Ao mesmo tempo, espera-se que se esteja produzindo signos visíveis (audíveis) o tempo todo. Ilusão de controle pelo que ‘aparece’” (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 38).

³⁸⁷ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. 1º volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 305.

Crusoé³⁸⁸, é possível desde logo destacar do objeto de análise o silêncio que não esteja inserido em relações inter-humanas. Aqui se afasta, portanto, o silêncio enquanto meditação, meramente contemplativo, ou em outras hipóteses que não se insira, ainda que indiretamente, em relações inter-humanas.

Na música o silêncio não tem um único perfil, mas vários. É usado como elemento de definição de sentido, como abertura, marco de tempo, intervalo, espaço de possibilidades, estilo, elemento de destaque, dentre outros sentidos, sempre integrando o discurso musical. Exemplo disso é a relevância dada ao silêncio por John Cage, compositor, músico e escritor norte-americano cuja mais famosa composição é 4'33'' (1952), cuja performance se dá pelo desempenho de uma abstinência deliberada de sons³⁸⁹.

Para executar a composição, os músicos vão ao palco com seus instrumentos, preparam-se para o início, e então permanecem no mais absoluto silêncio durante quatro minutos e trinta e três segundos. Muitos disseram que o título da composição seria “quatro minutos e trinta e três segundos de silêncio”, o que foi rebatido por Cage. Segundo ele próprio, a composição não tem por objetivo a ausência de som, mas a percepção, pela plateia, de seus próprios sons, ruídos e manifestações, criando uma interação público-artista que torna única cada apresentação³⁹⁰.

O principal ponto a ser captado para o presente estudo é a origem de tal composição. Em 1951 John Cage realizou uma experiência na câmara anecóica (a prova de som) da Universidade de Harvard para que pudesse de fato apreender o silêncio em seu sentido puro, sem interferências. O resultado, no entanto, não foi esse. Ao contrário

³⁸⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 30.

³⁸⁹ Vale a transcrição do relato da primeira apresentação da composição: “No ano 1952 sobe ao palco do Maverick Hall em Woodstock (USA) o pianista David Tudor. Ele se senta ao piano. Os olhos dos espectadores se voltam a ele, esperando que erga a tampa do piano e toque virtuosisticamente com suas mãos sobre as teclas os sons pianísticos compostos. O ensejo do evento no Maverick Hall despertou tal expectativa e a mantém até o começo do concerto. A entrada e o sentar-se ao instrumento permanecem no formato de um típico recital de piano, o que se pode observar desde o brilho da madeira escura do piano e a estatura do pianista em seu fraque negro até seus gestos e movimentos concentrados. E ainda: o pianista é “colocado no pódio”, arquitetonicamente preparado para o campo visual do público. No entanto, seu pianismo torna-se, nessa noite, mais dramático que o habitual. O protagonista exposto atrai ainda mais forte os olhares para si e eleva a tensão através de sua mudez e, simultaneamente, de uma inversão de papéis. Nenhuma vez coloca ele suas mãos sobre o teclado, nenhum som pianístico é produzido. Apesar disso, é apresentada uma composição de John Cage, na interpretação do pianista David Tudor, que deixa o piano calar-se – Tacet” (MEYER, Petra Maria: *Als das Theater aus dem Rahmen fiel*. In FISCHER-LICHTE (Hrsg.): *Theater seit den 60er Jahren: Grenzgänge der Neo-Avantgarde*, p.138, *apud* HELLER, Alberto Andrés. John Cage e a poética do silêncio. 2008. 173 f. Tese (doutorado em Literatura) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008, p. 28).

³⁹⁰ HELLER, Alberto Andrés. John Cage e a poética do silêncio. 2008. 173 f. Tese (doutorado em Literatura) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008, p. 11.

do pretendido silêncio, o compositor ouvia um som grave por todo o tempo, vindo a descobrir com os engenheiros responsáveis pela câmara que aqueles sons eram emitidos por ele próprio: eram produzidos por seus batimentos cardíacos e por sua circulação sanguínea. Concluiu, então, que não existe silêncio puro. Onde houver um ouvinte, haverá também som³⁹¹.

Transportando tal conclusão para o campo jurídico, é possível afirmar que o significativo silêncio não pretende significar ausência de som, até porque, essa ausência é incompatível com a presença de pessoas, circunstância imprescindível à juridicização do fato. Pretende, em verdade, significar outra coisa: a ausência ou interrupção de manifestação. Tal perfil, além de novamente infirmar o silêncio como mero estado contemplativo, torna coerentes situações em que uma pessoa, embora emita muitos sons, ou fale muitas coisas, não esteja se manifestando, e assim possa ser considerada silente. Em síntese: o silêncio relevante ao Direito não se relaciona com sons, mas com manifestações que sejam juridicamente relevantes.

Também a psicanálise contribui para a compreensão do silêncio enquanto forma de comunicação. Como o tratamento psicanalítico se desenvolve primordialmente pela narrativa do paciente, quando ele permanece em silêncio é imprescindível que o psicanalista seja capaz de compreender aquele silêncio e desvendar seu significado. “Entre pessoas não existe silêncio sem sentido, porque não existe um olhar humano sem interpretação da realidade, ou seja, o silêncio entre as pessoas é sempre uma folha em branco sobre a qual projectamos uma imagem”³⁹². Tal contributo permite compreender porque, no campo do negócio jurídico, o silêncio se revela com significados tão díspares.

O silêncio de um sujeito em relações negociais jamais será tido como um nada. Quem o percebe irá necessariamente interpretá-lo, seja como ato positivo ou negativo. Não se pode sustentar, portanto, que em determinada situação uma pessoa não devesse confiar que o silêncio tivesse um sentido ou outro, afinal essa reação é própria da personalidade humana, intuitiva e incontável.

A duplicidade de sentidos do silêncio (negativo e positivo) também pode ser compreendida pela psicanálise. A vivência do silêncio pode ser confortável ou desconfortável. É confortável, *e.g.*, na meditação; quando há grande intimidade entre

³⁹¹ HELLER, Alberto Andrés. John Cage e a poética do silêncio. 2008. 173 f. Tese (doutorado em Literatura) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008, p. 18-19.

³⁹² MARTA, Rita. O silêncio na comunicação ou a comunicação pelo silêncio: o silêncio na psicanálise. *Revista do Serviço de Psiquiatria do Hospital Fernando Fonseca*. vol. 2, n. 2. Portugal: 2005, p. 23-24.

duas pessoas; ou mesmo quando estamos sentados lado a lado com um estranho, no avião, mas estamos entretidos por um livro. Em todas estas situações o silêncio é confortável. Ao revés, quando entramos no elevador com um estranho, ou quando jantamos com alguém pela primeira vez, o silêncio é fortemente desconfortável³⁹³.

Na psicanálise, essa dualidade se apresenta, de um lado, nos casos em que o paciente, incomodado com o silêncio, fala o tempo todo, mas as palavras destinam-se apenas a preencher um espaço, de modo que nada dizem, criando um afastamento entre os interlocutores. De outro, quando o paciente, sem suportar rememorar suas experiências e assim vertê-las em palavras, é plenamente capaz de transmitir sua aflição pelo silêncio, comunicando-se profundamente com o psicanalista³⁹⁴. Daí porque “actualmente, o silêncio é encarado pela psicanálise como uma forma de comunicação inconsciente, tal como a palavra”³⁹⁵.

Nesta linha, não se pode afirmar, aprioristicamente, que quem cala deseja se afastar e quem fala pretende se aproximar. No campo negocial, da mesma forma, não seria coerente sustentar uma regra geral pela qual “quem cala discente” ou, como o brocado canônico, “quem cala consente”.

Por derradeiro, as ciências da linguagem oferecem outros aportes à compreensão dos perfis e dos sentidos do silêncio, apresentados por Eni Orlandi³⁹⁶ a partir de três espécies de silêncio. O primeiro é o silêncio fundante, próprio e necessário à linguagem, *a partir* do qual se diz algo. Tal silêncio se revela nas próprias palavras como o “não dito”, permitindo que o dito tenha espaço para apresentar seu significado.

Sequencialmente, o silêncio se revela em seu sentido constitutivo, “que nos indica que para dizer é preciso não dizer (uma palavra apaga necessariamente as ‘outras’ palavras”³⁹⁷. Exemplificativamente, apenas pelo silêncio (em sua dimensão construtivo) do sujeito que seus gestos podem produzir o significado que lhe são

³⁹³ MARTA, Rita. O silêncio na comunicação ou a comunicação pelo silêncio: o silêncio na psicanálise. *Revista do Serviço de Psiquiatria do Hospital Fernando Fonseca*. vol. 2, n. 2. Portugal: 2005, p. 25.

³⁹⁴ Permita-se aqui retomar o silêncio no campo musical e apontar como também nele o silêncio foi apreendido como comunicação. É o que brilhantemente expressou Paul Simon ao compor *The Sound of Silence*: “And in the naked light I saw; Ten thousand people, maybe more; People talking without speaking; People hearing without listening” People writing songs that voices never share; And no one dare; Disturb the sound of silence” (Paul Simon. *The sound of Silence*. 1964).

³⁹⁵ MARTA, Rita. O silêncio na comunicação ou a comunicação pelo silêncio: o silêncio na psicanálise. *Revista do Serviço de Psiquiatria do Hospital Fernando Fonseca*. vol. 2, n. 2. Portugal: 2005, p. 28.

³⁹⁶ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

³⁹⁷ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 24.

próprios. Apenas o “não dizer sim” que permite que o não tenha sentido³⁹⁸. Por derradeiro, o silêncio em seu perfil local, referente a uma censura, à proibição de dizer algo em certa conjuntura.

Tais construções permitem evidenciar que além do silêncio não se confundir com a manifestação tácita, esta forma de manifestação deve ao silêncio a possibilidade de exprimir o sentido próprio dos atos que a compõe. Isso porque, como evidenciou Larenz, “no âmbito dos atos negociais, caso deva ser possível falar de uma declaração de ‘vontade’, não pode ser considerado conteúdo de uma declaração de vontade algo que é claramente reconhecível como não desejado”³⁹⁹. Noutras palavras, não se pode admitir a manifestação tácita em um sentido quanto o sujeito, enquanto realiza o ato, expressamente manifesta sua vontade em sentido contrário ao que se poderia presumir a partir de seus atos.

A partir desse pressuposto, é possível afirmar que a manifestação tácita de vontade tem necessariamente em seu suporte fático o silêncio em seu perfil construtivo, eis que é este silêncio que, ao não manifestar um sentido contrário, permitirá a apreensão da manifestação tácita no sentido próprio dos atos que a compõe.

Da interdisciplinaridade sinteticamente exposta, é possível concluir que o silêncio, em um de seus perfis, é amplamente reconhecido como forma de comunicação, e assim pode ser internalizado pelo Direito, desde que se realize em uma relação interpessoal. Nestas hipóteses, o silêncio será tomado não como ausência de som, mas como ausência de manifestação ou interrupção de comunicação que sempre revelará um sentido. Ainda, que mesmo quando a comunicação se faça por meio da fala ou de palavras, o silêncio estará presente em seu perfil fundador, viabilizando o espaço necessário para a comunicação, ou constitutivo, pelo qual permitirá a imputação de um dado sentido à manifestação ao omitir de outras manifestações que possam infirmá-lo ou torná-lo obscuro.

Essas conclusões permitem facilmente responder ao segundo tópico, notadamente se o silêncio é capaz de exprimir vontade. Uma vez reconhecido que o silêncio é um modo de comunicação, ao lado da fala, da escrita e de outros, é inexorável concluir que o silêncio pode manifestar vontade. Salutar apontar que se trata de uma

³⁹⁸ “Como o sentido é sempre produzido de um lugar, a partir de uma posição do sujeito - ao dizer, ele estará, necessariamente, não dizendo ‘outros’ sentidos. Isto produz um recorte necessário no sentido. Dizer e silenciar andam juntos” (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 55).

³⁹⁹ Vide nota de rodapé nº 195.

possibilidade. Nem todo o silêncio representa manifestação de vontade. É o silêncio enquanto forma de comunicação que permite a manifestação de vontade, e não o silêncio em seu perfil meramente contemplativo ou afastado de relações inter-humanas.

Essa aptidão permite infirmar as conclusões de autores modernos, como Nicola Coviello, que não admitiam o silêncio enquanto ato jurídico porque o silêncio, sendo um fato negativo, não é capaz de exprimir vontade⁴⁰⁰. O caráter negativo de modo algum impede que os atos tenham um sentido e objetivo. Tomando por exemplo o suicídio, é facilmente compreensível que uma pessoa pode tirar a sua vida com uma conduta positiva, como o disparo de uma arma de fogo, como também com uma conduta negativa, como parar de se alimentar. Não é o caráter ativo ou passivo que define a conduta, tampouco permite ou impede o resultado por ela visado.

O mesmo ocorre com o silêncio. Mesmo quando este se apresenta como um fato negativo, como uma omissão, pode ser capaz de manifestar vontade e atingir o fim por ele colimado, exprimindo o sentido que lhe for próprio naquela situação.

Uma vez admitido que o silêncio pode manifestar vontade, o problema que se apresenta, e de maior complexidade, é desvendar o sentido exprimido pela manifestação silente. É esse o terceiro *problema* cuja análise compõe o modelo hermenêutico ora proposto: é possível aferir o sentido exprimido pelo silêncio no negócio jurídico? A resposta é positiva, e pode ser alcançada por meio de interpretação e integração.

Quando da exposição do modelo jurídico legal do silêncio já se teve a oportunidade de expor os diversos elementos que auxiliam o intérprete na elucidação do sentido do silêncio, dentre os quais as circunstâncias, os usos comuns, as práticas anteriores entre as partes, as condutas sociais típicas, as características próprias do tipo contratual em questão (seu sentido econômico-social), o sentido total do pacto formulado pelas partes, além dos princípios jurídicos materiais, da interpretação contrária a quem redigiu o instrumento, a interpretação em favor do aderente ou do consumidor, e ainda a finalidade do negócio e o comportamento das partes antes e durante a execução da avença.

Estes elementos compõe o campo da interpretação do negócio jurídico e auxiliam a desvendar seu verdadeiro sentido. Mas há ainda hipóteses em que há uma

⁴⁰⁰ Diz o autor: “altri con maggiore esattezza scientifica pensa che il silenzio importi manifestazione di volontà ogni volta che sia *univoco*, non solo secondo i criteri logici, ma anche secondo i criteri pratici: la stessa regola che serve a decidere quando i fatti positivi siano concludenti, deve valere pel fatto negativo del silenzio. Ma si può valere per i fatti positivi, non vale pel fatto negativo del silenzio che per sè stesso è sempre equivoco” (COVIELLO, Nicola. *Manuale di diritto civile italiano: parte generale*. 3ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1924, p. 358).

verdadeira lacuna no negócio, um silêncio sobre determinado ponto do qual não há elementos dos quais possam partir a interpretação. Em tais casos, o sentido ou o conteúdo desse silêncio pode ser aferido pela integração contratual.

No Brasil o tema não recebe grande atenção dos juristas, que em geral limitam-se a tratar da integração contratual por meio de regras jurídicas supletivas e dos deveres impostos pela boa-fé. Paulo Lôbo, em sua obra sobre contratos, desenvolve o tema distinguindo interpretação integrativa e a integração propriamente dita⁴⁰¹.

A primeira consistente na interpretação que objetiva desvendar os elementos implícitos no contrato e que presumivelmente integram as declarações de vontade e o acordo das partes. É mais do que a revelação do sentido dos termos do contrato ou do comportamento de seus signatários. Ela é também a revelação do que integraria o contrato se as partes fossem instadas a se pronunciar sobre aquele tópico sobre o qual forma silentes. O autor exemplifica tal espécie de interpretação pelos deveres pré e pós contratuais. Aqueles permitem que as omissões sejam sanadas por elementos extraídos das negociações prévias, e que portanto estariam implícitos no contrato, ao passo que estes derivam sobretudo da natureza do negócio e passam a compô-lo mesmo que não estejam expressos no instrumento, como é exemplo o dever de sigilo nos contratos de prestação de serviços médicos ou advocatícios.

Essa forma de interpretação não destoa dos elementos expostos no modelo jurídico legal do silêncio. Em verdade, ela evidencia que a interpretação pode ser dividida em duas subespécies. A primeira, tradicional, toma por objeto apenas o conteúdo expresso no negócio, ou seja, seu texto ou palavras, evidenciando seu sentido. Essa forma de interpretação, no Direito inglês, é explicitada na *four corners rule*, pela qual o juiz, ao analisar um contrato, deve limitar-se aos elementos presentes entre os quatro cantos do contrato. Na contemporaneidade, tanto no Direito inglês quanto nos sistemas romano-germânicos constatou-se que a interpretação não poderia se limitar ao enunciado do negócio, cumprindo-lhe apreciar também os elementos que nele estejam implícitos⁴⁰².

⁴⁰¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180-183.

⁴⁰² A superação da *four corners rule* é evidenciada pelo excerto do voto de Lord Wilberforce no caso *Hansen-Tangen v. Sanko Steamship & Co. Ltd.*, julgado pela Câmara dos Lordes em 1976: “No contracts are made in a vacuum: there are always a setting in which they have to be placed. The nature of what is legitimate to have regard to is usually described as ‘the surrounding circumstances’ but this phrase is imprecise: it can be illustrated but hardly defined. In a commercial contract it is certainly right that the Court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating [...]. What the Court must do must be to place itself in thought in the same factual matrix as that in which the

É esse o perfil da segunda subespécie de interpretação, a interpretação integrativa a que se refere Paulo Lôbo, que busca em elementos não contidos entre os *quatro cantos* do contrato captar o espírito da declaração e os interesses que as partes pretenderam regulamentar por meio daquele pacto, para a partir deles definir o conteúdo implícito do pacto. Essa concepção se aproxima daquele proposta por Judith Marins-Costa pela qual o jurista deve buscar o “sentido econômico-social” do contrato.

Diferentemente, a integração negocial “incorpora elementos externos, ou seja, os efeitos jurídicos do negócio não previstos, nem expressa nem implicitamente, pelas partes”⁴⁰³. Não tendo vinculação com a vontade das partes ou com os interesses por elas perseguidos, a integração negocial se realiza sobretudo por três instrumentos: pela incidência de normas supletivas, que determinam o conteúdo negocial relativo a um ponto sobre o qual as partes permaneceram silentes; pela incidência de normas cogentes, que impõe um determinado conteúdo ao pacto, quer as partes tenham ou não se manifestado quanto a ele, e finalmente pelos deveres gerais de conduta derivados da boa-fé objetiva.

Ainda que o tema não mereça destaque na doutrina e na jurisprudência nacional, que ainda não lhe desenvolveram em maior profundidade, tratando-se de um modelo hermenêutico é possível buscar na experiência estrangeira um modelo que corrobore com as premissas da interpretação integrativa e da integração negocial do sistema jurídico brasileiro, ou ainda lhe complemente, nos termos propostos por Miguel Reale⁴⁰⁴. Para tanto, é possível valer-se da experiência inglesa para demonstrar a forma pela qual se confere sentido ou se apura o conteúdo do silêncio interno ao negócio jurídico.

O ponto de partida é a visão clássica sobre os contratos, a partir da qual as cortes inglesas consideravam que a integração contratual só é possível se, sem ela, o contrato seria ineficaz. Ou seja, apenas em homenagem a preservação do contrato é que se permite nele integrar um conteúdo que não tenha sido propriamente estabelecido

parties were” (MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 144).

⁴⁰³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181.

⁴⁰⁴ “Ora, o recurso às ideias gerais diretoras de macromodelos jurídicos de outros países só pode ocorrer em duas hipóteses: ou para reforço da interpretação dada a modelos jurídicos de nosso sistema, em virtude da coincidência com o pensamento alhures em casos iguais ou análogos (casos em que o Direito Comparado atua como modelo hermenêutico); ou, então, para preencher lacuna de nosso ordenamento, hipótese em que o Direito Comparado desempenha função de *heterointegração* em nosso sistema” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119-120).

pelas partes⁴⁰⁵.

Acaso ocorra um fato imprevisto para as partes, mas sua solução seja prescindível ao funcionamento do contrato quanto aos demais fatos por ele previstos, não se justificava a busca por *implied terms* que pudessem regular a situação não prevista. Neste caso, o contrato não regulará a situação imprevista e eventual prejuízo dela derivada, a parte lesada terá de suportá-lo: *the loss lies where it falls*⁴⁰⁶.

De outro lado, quando presente a necessidade da integração, seu conteúdo seria aferido a partir da análise da vontade das partes para determinar qual a regulação, acorde com ela, que estaria implícita no negócio. De forma semelhante às atuais teorias do negócio jurídico citadas no segundo capítulo, também no sistema contratual inglês o interprete não busca a vontade interna das partes, mas sim a intenção que se presumidamente uma pessoa comum teria se colocada no lugar das partes⁴⁰⁷. Assim, quando imprescindível a regulação de um ponto omissos, o juiz preencherá tal conteúdo negocial prevendo o que uma pessoa razoável, naquela situação, teria estabelecido.

A partir do caso *Equitable Life Assurance Society v. Hyman* é possível constatar que o *test of necessity*, enquanto pressuposto da integração dos negócios jurídicos, passa a ser flexibilizado em homenagem à proteção das legítimas expectativas das partes quando da formação do pacto. Naquele julgamento, Lord Steyn, sem pretender a superação do *test of necessity*, passa a utilizá-lo não como necessidade voltada à eficiência do contrato, mas necessidade para garantir a concreção das expectativas das partes. Afirmou o magistrado: “an implication precluding the use of

⁴⁰⁵ É o que se extrai de excerto proveniente da Corte de Apelação: “The significance of both *Liverpool City Council v. Irwin* and the *Philips Eletronique* case is that they both stress the importance of the test of necessity. Is the proposed implied terms necessary to make the contract work? That seems to me to be an entirely appropriate question to ask in considering a term should be implied on the assumed facts in this case” (MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 132).

⁴⁰⁶ Lord Hoffmann, ao alterar esse paradigma no caso *Attorney General of Belize v Belize Telecom* [2009], assim enuncia a concepção clássica dos *implied terms*: “The question of implication arises when the instrument does not expressly provided for what is to happen when some event occurs. The most usual interference in such a case is that nothing is to happen. If the parties had intended something do happen, the instrument would have said so. Otherwise, the express provisions of the instrument are to continue to operate undisturbed. If the event has caused loss to one or other of the parties, the loss lies where it falls” (CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 131). A decisão encontra-se disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2009/10.html>, acesso em 26/01/2016.

⁴⁰⁷ Assim definiu Lord Wilberforce no caso *Reardon Smith Line v. Yngvar Hansen-Tangen*: “when one speaks of the intention of the parties to the contract, one is speaking objectively – the parties cannot themselves give direct evidence of what their intention was – and what must be ascertained is what is to be taken as the intention which reasonable people would have had if placed in the situation of the parties” (CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 12).

the directors' discretion in this way is strictly necessary. The implication is essential to give effect to the reasonable expectations of the parties. The stringent test applicable to the implication of terms is satisfied"⁴⁰⁸

Adotando como vetor hermenêutico-integrativo a legítima expectativa das partes, a jurisprudência inglesa passa a buscar o conteúdo a ser construído para os silêncios contratuais a partir de elementos como: a) o tipo contratual adotado, b) a finalidade econômica para a qual o contrato foi realizado (*business efficacy test*); e c) o sentido em que um *officious bystander* o compreenderia a partir da situação em que as partes o conceberam, que, lidos conjuntamente, podem revelar o sentido do *contrato como um todo*⁴⁰⁹. Esclarece Lord Hoffmann que esses critérios não possuem vida própria, mas ao contrário, devem ser analisados conjuntamente e em vista a expectativa legitimamente criada pelas partes⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ *Equitable Life Assurance Society v. Hyman. House of Lords, julho de 2000*. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000720/equite-1.htm>, acesso em 28/01/2016.

⁴⁰⁹ *The whole contract*, como definiu Lord Hoffmann, equipara-se a concepção que temos de obrigação como processo. Richard Calnan define a noção de inglesa de completude contratual da seguinte forma: "it may not be universally acknowledged, but it is a truth nevertheless, that you can not understand what the parties have undertaken to do in one part of a contract without looking at the context of the whole contract. Contractual obligations are assumed voluntarily, and the extend of each party's promises must be gauged from the contract as a whole" (CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 29).

⁴¹⁰ "It follows that in every case in which it is said that some provision ought to be implied in an instrument, the question for the court is whether such a provision would spell out in express words what the instrument, read against the relevant background, would reasonably be understood to mean. It will be noticed from Lord Pearson's speech that this question can be reformulated in various ways which a court may find helpful in providing an answer – the implied term must "go without saying", it must be "necessary to give business efficacy to the contract" and so on – but these are not in the Board's opinion to be treated as different or additional tests. There is only one question: is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably be understood to mean? There are dangers in treating these alternative formulations of the question as if they had a life of their own. Take, for example, the question of whether the implied term is "necessary to give business efficacy" to the contract. That formulation serves to underline two important points. The first, conveyed by the use of the word "business", is that in considering what the instrument would have meant to a reasonable person who had knowledge of the relevant background, one assumes the notional reader will take into account the practical consequences of deciding that it means one thing or the other. In the case of an instrument such as a commercial contract, he will consider whether a different construction would frustrate the apparent business purpose of the parties. That was the basis upon which *Equitable Life Assurance Society v Hyman* [2002] 1 AC 408 was decided. The second, conveyed by the use of the word "necessary", is that it is not enough for a court to consider that the implied term expresses what it would have been reasonable for the parties to agree to. It must be satisfied that it is what the contract actually means. The danger lies, however, in detaching the phrase "necessary to give business efficacy" from the basic process of construction of the instrument. It is frequently the case that a contract may work perfectly well in the sense that both parties can perform their express obligations, but the consequences would contradict what a reasonable person would understand the contract to mean. Lord Steyn made this point in the *Equitable Life* case (at p. 459) when he said that in that case an implication was necessary "to give effect to the reasonable expectations of the parties." Likewise, the requirement that the implied term must "go without saying" is no more than another way of saying that, although the instrument does not expressly say so, that is what a reasonable person would understand it to mean. Any attempt to make more of this requirement runs the risk of diverting attention from the objectivity which informs the whole process of

É nesta senda que Carlo Marchetti, em monografia que analisa em profundidade a aplicação da integração como forma de suprir os silêncios contratuais conclui que a função última dos *implied terms* na última década é a de proteger a legítima expectativa que as partes depositam no contrato, tomado este a partir de seu sentido completo, e não apenas no texto nele expresso⁴¹¹.

Ao fim e ao cabo, a integração contratual no modelo inglês requer a ponderação de duas questões: se determinado conteúdo deve ser considerado implícito, ou seja, se deve ser tomado como se estivesse no contrato, e em caso positivo, o que esse conteúdo deve dizer.

Para a primeira questão, deve-se ter em mente que a integração de conteúdos não previstos deve ser evitada sempre que o contrato tenha sido cuidadosamente desenhado durante o processo de negociação. Quanto mais detalhado o contrato, menos provável que as partes tenham se esquecido de prever o ponto em questão, e consequentemente, mais provável que deliberadamente tenham-no deixado de fora da regulamentação contratual. Isso não significa que os *implied terms* não possam ser aplicados a contratos detalhados, mas apenas que devem ser tomados com maior cautela. No mais das vezes, a necessidade de invocar termos implícitos para suprir silêncios contratuais decorrerá da obviedade de tais termos, ou seja, quando tais termos *went without saying*; da necessidade de tal regulação para o desenvolvimento contratual ou para que uma situação imprevista possa ser colmatada de acordo com o sentido contratual, evitando que seja suportada exclusivamente por uma das partes⁴¹².

No que concerne à definição do conteúdo, deverá estar de acordo sobretudo

construction into speculation about what the actual parties to the contract or authors (or supposed authors) of the instrument would have thought about the proposed implication. The imaginary conversation with an officious bystander in *Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd* [1939] 2 KB 206, 227 is celebrated throughout the common law world. Like the phrase "necessary to give business efficacy", it vividly emphasises the need for the court to be satisfied that the proposed implication spells out what the contact would reasonably be understood to mean. But it carries the danger of barren argument over how the actual parties would have reacted to the proposed amendment. That, in the Board's opinion, is irrelevant. Likewise, it is not necessary that the need for the implied term should be obvious in the sense of being immediately apparent, even upon a superficial consideration of the terms of the contract and the relevant background. The need for an implied term not infrequently arises when the draftsman of a complicated instrument has omitted to make express provision for some event because he has not fully thought through the contingencies which might arise, even though it is obvious after a careful consideration of the express terms and the background that only one answer would be consistent with the rest of the instrument". (Lord Hoffmann, *Attorney General of Belize v Belize Telecom*, 2009, disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2009/10.html>, acesso em 26/01/2016).

⁴¹¹ MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 150.

⁴¹² CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 135-137.

com três elementos: com a interpretação do contrato como um todo (elementos internos ao contrato), com o contexto fático em que as partes se inseriam quando da elaboração do pacto (*background facts*) e finalmente com as expectativas razoáveis para as quais as partes formulam o contrato⁴¹³.

Em conclusão, seja a partir das ferramentas disponibilizadas pelo modelo jurídico legal do silêncio no direito civil, que em muito se aproxima e portanto é corroborado pelo modelo inglês dos *implied terms*, é possível conferir um sentido ao silêncio contratual a partir de critérios objetivos e harmônicos com o sistema contratual brasileiro.

O quarto e último tópico que compõe o modelo hermenêutico ora proposto nada mais é do que o questionamento sobre a subsistência de um dos obstáculos opostos pela doutrina moderna à assunção do silêncio enquanto ato jurídico. Trata-se, mais especificamente, da posição de Savigny, para quem os casos em que o silêncio produz uma obrigação são excepcionais, predeterminados em lei e não admitem elásticos ou extensão a casos analógicos⁴¹⁴.

O obstáculo no entanto não se justifica. A possibilidade da aplicação analógica decorre do enunciado do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Daí a possibilidade, para além dos casos cuja solução possa ser encontrada nos modelos jurídicos supra expostos, de buscar a aplicação analógica dos dispositivos que tomam o silêncio enquanto manifestação de vontade.

Questão de maior complexidade é estabelecer não a possibilidade, mas o fundamento que justifique a aplicação analógica. A aplicação extensiva de determinada regra que contemple o silêncio em seu suporte fático e lhe confira o contorno jurídico de manifestação de vontade não depende apenas de que o caso a que se pretenda aplicá-la evidencie também o silêncio de uma das partes. É imprescindível à aplicação analógica que a *ratio* da regra seja plenamente compatível com o novo caso.

É neste ponto que toma a cena a Filosofia do Direito, e mais especificamente a obra de Frederick Schauer ao dissecar a generalização realizada pelas regras jurídicas.

⁴¹³ CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 137-139; MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 162-165.

⁴¹⁴ Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 38.

Ao evidenciar que não existem regras para casos particulares, mas sempre para um número potencial de fatos futuros, o autor demonstra que a construção de uma regra implica sempre em generalizar um fato (hipótese de incidência ou descritor normativo da regra) que seja capaz de ensejar uma consequência fática desejada, e assim o fato será permitido ou incentivado, ou uma consequência indesejada, hipótese em que o fato será proibido⁴¹⁵.

Para demonstrar como ocorre a escolha desse fato e sua respectiva generalização, Schauer utiliza-se do exemplo de Angus, um mamífero, cachorro, da cor negra, raça terrier escocês, de propriedade de Herb e que se encontra a 300km de Chicago. Suponhamos que Angus, quando levado a um restaurante, começa a latir, correr, saltar sobre os clientes e comer comida do chão, causando assim desconforto a todos os clientes. O proprietário do restaurante, visando impedir que esse fato se repita, resolve estabelecer uma regra.

Para tanto, teria de estabelecer um enunciado que contenha a descrição de fatos suficientes para que, a partir deles, atinja o objetivo perquirido. A guisa de exemplo, no caso de Angus, o proprietário poderia simplesmente proibir a entrada de mamíferos, mas a regra ficaria demasiadamente ampla, incluindo os próprios clientes e o proprietário. Seria necessário estabelecer critérios mais restritivos, elementos de *discriminem* que permitam restringir o campo de incidência da norma.

Poderia, então, proibir a entrada de cães negros, como Angus. No entanto, a coloração da pelagem do cão não é apta a influenciar na ocorrência ou não dos atos de “correr”, latir, saltar sobre os clientes e comer comida do chão, de modo que não seria este um elemento que permite distinção suficiente entre os fatos. Cada característica de Angus projeta diferentes graus de potencialidade de realização dos atos que se pretende evitar. Ter o pelo negro, ser da raça terrier escocês, ou estar a 300km de Chicago não parecem projetar potencialidade suficiente, devendo ser rechaçadas como elementos a serem generalizados pela regra⁴¹⁶.

Generalizações mais pertinentes seriam as de “cães” e de “animais”. Adotar a

⁴¹⁵ SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 76-89.

⁴¹⁶ “Y cuando el usuario del lenguaje decide generalizar, entonces debe elegir una dirección para la generalización y un nivel de generalidad, rechazando en el proceso una gama de descripciones igualmente precisa pero excesivamente divergente del individuo identificado” (SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 80).

característica de cão como fato a ser generalizado para compor a norma teria influência direta para evitar a ação pretendida? Parece que sim. De fato, um restaurante sem cães tem menor probabilidade de presenciar os eventos descritos. Mas tal regra não seria demasiadamente restrita? Poder-se-ia ingressar no restaurante com uma ave, um gato ou um porco sem que fosse provável a ocorrência daqueles eventos? Parece que não, eis que adotar apenas a espécie canina como fato a generalizar seria insuficiente.

Se a espécie canina parece insuficiente, cumpre eleger uma característica que, mantendo a forte influência sobre o evento que se pretende controlar, mostre-se mais abrangente. Seria a hipótese, por exemplo, de proibir animais domésticos. O fato generalizado (animais no restaurante) não deixaria de fora características que tivessem o potencial de desencadear logicamente a consequência que se quer evitar (correr, latir, saltar sobre os clientes e comer comida do chão), e tampouco seria demasiadamente amplo ao ponto de incluir características que excederiam o objetivo da norma, como ocorreria com a eleição de “mamíferos” como critério de seleção.

O mesmo procedimento lógico permite verificar e especificar o elemento de discriminem adotado pelas regras do Código Civil que juridicizam o silêncio como manifestação de vontade. O *discriminem* eleito deve ter a potencialidade de realizar o desiderato desejado ou evitar uma consequência indesejada.

Tomando-se como exemplo as regras do art. 539⁴¹⁷ e do art. 1.807⁴¹⁸, que admitem o silêncio como manifestação em sentido positivo para a aceitação da doação e da herança. Tal como afirmou Schauer, tais regras por certo não foram criadas apenas para estes casos, mas para uma generalidade de potenciais casos futuros que apresentem a mesma justificativa. Nestes dispositivos, resta evidente que a justificativa das regras é de que os negócios gratuitos, por serem *prima facie* vantajosos ao ofertado, podem ser considerados aceitos pelo seu silêncio.

A *ratio*, portanto, está na gratuidade dos negócios, que pode ser generalizada a ponto de realizar o objetivo da regra em todas as hipóteses em que ela se fizer presente. Nestes termos, é possível afirmar que em todos os negócios gratuitos, e não só na doação e na aceitação da herança, o silêncio pode ser admitido como aceitação. À guisa de exemplo, ressalvada a necessidade de tradição da coisa, também no comodato o

⁴¹⁷ Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

⁴¹⁸ Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

silêncio de quem recebe a coisa pode ser interpretado como aceitação.

Esses exemplos servem apenas a evidenciar que, em complementação aos modelos já expostos, é possível a aplicação extensiva tanto das regras legais quanto das decisões judiciais que tomam o silêncio em um determinado sentido a partir da *ratio* que justifica a generalização de seu suporte fático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que a esta altura o texto tenha logrado demonstrado de que de fato o silêncio fala, e fala muito. Caso tal desiderato não tenha sido atingido, o texto presta-se ao menos para evidenciar que se fala sobre o silêncio, e fala-se muito.

O projeto inicial que serviu de base ao presente texto partiu de muitas dúvidas, buscou soluções concretas, em alguns momentos ambicionou a formulação de uma teoria geral sobre o silêncio, mas em tempo voltou a si e, no percurso de um desenvolvimento semicircular e progressivo, constantemente voltava as mesmas dúvidas colocadas no ponto de partida.

É possível, inobstante, formular algumas notas conclusivas. Não se tem a pretensão de formular um regramento para os silêncios do negócio jurídico ou esgotar a análise do tema. Neste ponto, almeja-se apenas de apontar possibilidades dentro dos limites traçados pelo sistema jurídico e através das aberturas por ele apresentadas⁴¹⁹.

Revisitou-se a doutrina da década de 1930, bem assim as teorias do negócio jurídico daquela temporalidade, evidenciando, ainda que de forma discreta, que os obstáculos colocados por alguns dos autores da época e as conclusões que tendiam à negar efeitos ao silêncio no plano dos negócios jurídicos apresentavam como pano de fundo uma teoria sobre o negócio que ainda se sustentava na prevalência da vontade, seja como elemento psicológico ou mesmo como elemento proeminente da manifestação negocial. Visando a proteção da vontade, afigura-se natural a conclusão de que conferir efeitos a um fato caracteristicamente equívoco como o silêncio acabaria por impor ao sujeito silente efeitos que eventualmente não decorreram de sua vontade.

A transição do Direito Civil moderno para o contemporâneo implicou transformação não só das conclusões doutrinárias, predominantemente favoráveis à juridicização do silêncio enquanto elemento do suporte fático dos negócios jurídicos, como do próprio plano de fundo sobre o qual foram construídas. O individual cede ao social e a segurança cede à confiança. O negócio passa a ser visto com outros olhos, e a

⁴¹⁹ “A investigação correta, dentro de um sistema aberto, poroso e plural, se assenta, nessa perspectiva em desenvolvimento nesta ocasião, numa perspectiva desafiante para o intérprete, qual seja a de encontrar possibilidades dentro dos limites, e ao assim fazê-lo irá arrostar sentidos formais, substanciais e prospectivos das figuras jurídicas em pauta, bem como deverá considerar, simultaneamente, significados pretéritos a serem reconstruídos, acepções presentes e aquelas possíveis a serem edificadas na hipótese” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: Sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 83)

objetivação de seus elementos permite que a equivocidade do silêncio já não apresente o grau de dúvida de outrora.

De se reconhecer, porém, que também as teorias contemporâneas não encerram a (re)construção do negócio jurídico⁴²⁰. Não encerram, mas contribuem em muito ao definir a moldura dentro da qual se pode pintar a tela do silêncio.

A distinção entre silêncio simples e silêncio circunstanciado perde a razão de ser ao tornar as circunstâncias um elemento essencial do negócio jurídico. Já não há negócio sem circunstâncias negociais, de modo que se o silêncio desacompanhado de circunstâncias é juridicamente irrelevante, a manifestação expressa ou tácita de vontade também o é.

A transição também implicou substancial mudança no cenário legislativo. Se ao início do século XX o Direito Civil brasileiro regulava o tema apenas de forma indireta por meio dos contratos não receptícios, hoje não só expressamente o reconhece como fato jurídico apto a constituir relações obrigacionais como a ele oferece uma cláusula geral e diversos dispositivos que o tomam na descrição de seu suporte fático.

Para além da fonte legal, tornou-se indubitável a força jurídica dos costumes e das práticas comerciais na regulação e interpretação do silêncio, a ponto de, em certas hipóteses, até mesmo derrotar a norma expressa, como no caso de doação do anel de noivado à noiva, que não sendo de pequeno valor, pela exegese da lei demandaria instrumento particular⁴²¹.

Também as partes, no exercício de sua autonomia privada, podem estabelecer regramento estabelecendo o sentido do silêncio, normativa cuja eficácia poderá atingir não só aquele contrato como também relações futuras, em homenagem à confiança e a vedação do comportamento contraditório.

Ainda assim, admitidos novos significados ao velho significante silêncio, traçadas algumas possibilidades para sua atuação na esfera negocial e aberta a possibilidade de constante remodelação de seu regramento, o tema permanece

⁴²⁰ “Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida. Assim, nem a teoria tradicional – que resolve todos os problemas com o raciocínio com base na manifestação de vontade – nem as modernas tendências – que separam os efeitos do negócio jurídico dos elementos que compõe o seu conteúdo – dão uma resposta aceitável em todas as hipóteses (COUTO E SILVA, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de, *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 43).

⁴²¹ Código Civil. Art. 541: A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

controverso, a ponto de não termos, nos tribunais brasileiros, decisões significativas que contribuam para a construção de um modelo jurídico jurisprudencial.

Essa indefinição, no entanto, não pode ser vista como algo negativo. Ao revés, a ausência de conclusão, enquanto fim, termo, ou desfecho, revela que a problemática não está adstrita a clausura de uma resposta final, mas permanentemente aberta à construções a serem edificadas em dado espaço e dado tempo. Os modelos ora propostos são apenas instrumentos, ferramentas de um canteiro de obras.

Mas, talvez, o Direito Civil contemporâneo deva antes se assemelhar a um canteiro de obras, com as vozes alegres de operários e artesões, que a um museu, onde pairam apenas murmúrios de eventuais grupos de turistas⁴²².

O resto é silêncio...

(Hamlet, quinto ato, William Shakespeare)

⁴²² O parágrafo é a adaptação do desfecho da obra de Reinhard Zimmermann, assim redigido no original: “but then, perhaps, a modern code of private law should rather resemble a building site, bristling with the cheery voices of craftsman and artisans, than a museum, in which only weary murmurs of the occasional tourist group can be heard” (*The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. New York: Oxford Press, 2010, p. 228).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

ALEMANHA. Código Civil Alemão. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCHI, Rui (org.). *Direito civil parte geral*. v. 2. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da Relação Jurídica*. V. II: facto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDREWS, Neil. *Direito contratual na Inglaterra*. Tradução de Tereza Arruda Alvin Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução Sérgio Bath. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. V. II: Le fonti. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1948.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade do Rio de Janeiro – UERJ. 2012, v. 5, nº 1.

BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira. *Direito ao silêncio no interrogatório*. In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BENETTI, Giovana. A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG) e no Código Civil brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servandra Editora. Campinas: Servandra Editora, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. 1. 12ª ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1959.

_____. *Comentários ao Código Civil*, v. IV, 3. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

_____. *Direito das Obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci Andres Larrosa. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1929.

CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Descobrimos as dimensões implícitas dos contratos. In: José Rodrigo Rodrigues e Bruno Salama (org.). *Para que serve o direito contratual?: direito, sociedade e economia*. São Paulo: Direito GV, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. *O absurdo da interpretação econômica do “fato gerador” – Direito e sua autonomia – O paradoxo da interdisciplinaridade*. Disponível em www.ibet.com.br.

CASTRO Jr., Torquato. *Negócio jurídico*. In: *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CATALAN, Marcos; GERCHMANN, Suzana. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. In: EHRHARDT JR., Marcos (org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. *Curso elemental de derecho civil*. Tomo tercero: teoria general de las obligaciones. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de, *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COVIELLO, Nicola. *Manuale di diritto civile italiano: parte gelerale*. 3ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1924.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Tome I: sources des obligations. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações e contratuais e extracontratuais*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESPÍNDOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil Brasileiro de Paulo de Lacerda*. v. III, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: Sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: _____; MARTINS-COSTA, Judith. *Estudos de Direito Privado e Processual Civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O valor do silêncio no novo código civil. *Revista Jurídica Empresarial*. Porto Alegre, ano 1, n. 02, maio/junho de 2008.

GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Volumen III: fuentes de las obligaciones – contratos. Traducida de la séptima edición italiana. 2ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1978.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

HELLER, Alberto Andrés. *John Cage e a poética do silêncio*. 2008. 173 páginas. Tese (doutorado em Literatura) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción de Miguel Iizquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. In: *Revista DireitoGV*. Volume 2, n. 1, jan./jun. 2006.

LEME, Lino de Moraes. *Da efficacia jurídica do silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. In: NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade Civil*. Vol. I. Teoria Geral. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. 1º volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Silvio. Das formas do silêncio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas Essenciais – obrigações e contratos*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHETTI, Carlo. *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTA, Rita. O silêncio na comunicação ou a comunicação pelo silêncio: o silêncio na psicanálise. *Revista do Serviço de Psiquiatria do Hospital Fernando Fonseca*. vol. 2, n. 2. Portugal: 2005.

MARTINS RODRIGUES, José. *Elementos geradores do vincula obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Apresentação. In: _____. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes : tres modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante Vidal. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 14, 1993.

_____. *Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico*. Tradução de Victoria Roca. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2002.

PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. volume 3. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. 23ª ed. 2010.

PETER-SCHMIDT, Jan. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan. / abr. 2014.

PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Tome IV. Obligations. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930.

PIANOVSKI RUZIK, Carlos Eduardo. *Ensaio sobre a autonomia privada e o sujeito de direito nas codificações civis, ou ‘a aspiração fáustica e o pacto de Mefisto’*. In:

Pagliari, Alexandre Coutinho; Clève, Clèmerson Merlin; Sarlet, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

PINTO MONTEIRO, Antônio. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012) – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do direito*. v.1. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. v.4. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Consta (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XV. Atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Jr. e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXII. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Visão geral do novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (org.). *Direito civil parte geral*. v. 2. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIPERT, Georges ; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol*. Tomo IV. Buenos Aires : La Ley, 1963-1965.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 3º volume. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação Cezar Peluso. 7ª ed. Barueri: Manole, 2013.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jabob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção*. 4ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.
- SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.
- SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: _____ (org.) *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil – art. 1º a 6º*. 2ª ed. Belém: Unama, 2006.

_____. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama: 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico científicos*. Tradução da 5ª ed. Alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Souza; ROBERT, Bruno. A conclusão do contrato pelo silêncio. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e existencial. Estudo em homenagem à professor Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. New York: Oxford Press, 2010.